Centro Studi
Consiglio Nazionale Ingegneri

Il Decreto Legislativo 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*

Analisi e commenti

(c.r. 148)

Roma, dicembre 2006

Ing. Sergio Polese	Presidente
Ing. Paolo Stefanelli	Vice Presidente
Ing. Roberto Brandi	Consigliere Segretario
Ing. Alessandro Biddau	Consigliere
Ing. Giovanni Bosi	Consigliere
Ing. Pietro De Felice	Consigliere
Ing. Carlo De Vuono	Consigliere
Ing. Ugo Gaia	Consigliere
Ing. Alcide Gava	Consigliere
Ing. Romeo La Pietra	Consigliere
Ing. Giovanni Montresor	Consigliere
Ing. iunior Antonio Picardi	Consigliere
Ing. Giovanni Rolando	Consigliere
Ing. Silvio Stricchi	Consigliere
Ing. Giuseppe Zia	Consigliere

Presidenza e Segreteria 00187 Roma – Via IV Novembre, 114

Tel. 06.6976701 Fax 06.69767048

www.tuttoIngegnere.it

CENTRO STUDI DEL CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

CONSIGLIO DIRETTIVO

dott. ing. Giovanni Angotti	Presidente
dott. ing. Alberto Speroni	Vice Presidente
dott. ing. Leonardo Acquaviva	Consigliere
dott. ing. Renato Cannarozzo	Consigliere
dott. ing. Ugo Gaia	Consigliere
dott. Massimiliano Pittau	Direttore

COLLEGIO DEI REVISORI

dott. Domenico Contini	Presidente
dott. Stefania Libori	Revisore
dott. Francesco Ricotta	Revisore

Sede: Via Dora, 2 - 00198 Roma - Tel. 06.85354739, Fax 06.84241800

www.centrostudicni.it

Il presente testo è stato redatto ed elaborato da Lorenzo Passeri.

Indice

Premessa	Pag.	1
1. Articolazione e contenuti del Codice	“	5
2. I conflitti di competenza tra Stato e Regioni sulla materia dei contratti pubblici	“	6
3. I soggetti e gli organismi	“	19
3. 1. L’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture	“	19
3. 2. L’Osservatorio dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture	“	25
3.3. Lo Sportello dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture	“	27
3. 4. Il Responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori	“	29
4. L'ambito soggettivo ed oggettivo	“	34
4.1. Le soglie di valore ed i criteri di calcolo	“	34
4.2. La concessione di servizi pubblici	“	38
4.3. Le opere di urbanizzazione a scomputo e dell’in house providing	“	42
4.4. Il divieto della concessione di committenza	“	54
5. I requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento	“	56
5.1. I soggetti ammessi	“	56
5.2. I requisiti di ordine generale	“	59
5.3. I requisiti di idoneità professionale	“	67
5.4. I requisiti di qualificazione	“	69
5.5. Gli elenchi ufficiali di fornitori e prestatori di servizi	“	81
5.6. L’avvalimento	“	83
6. L’oggetto del contratto e le procedure di scelta del contraente	“	94
6.1. Le tipologie e l’oggetto contrattuale	“	94
6.2. Le procedure di aggiudicazione	“	103
6.3. Le procedure negoziate	“	104
6.4. Il dialogo competitivo	“	116
6.5. L'accordo quadro	“	125
6.6. Le aste elettroniche	“	130
6.7. I sistemi dinamici di acquisizione	“	136
6.8. L’aggiudicazione per i lavori di edilizia residenziale pubblica	“	138
7. I termini e le forme di pubblicità, comunicazione ed informazione	“	140
7.1. I bandi, gli avvisi e gli inviti	“	140
7.2. I termini	“	146
7.3. Le forme di comunicazione e di informazione	“	151
8. I criteri di selezione e la verifica delle offerte	“	155
8.1. I criteri di aggiudicazione	“	155
8.2. L’anomalia e la verifica di congruità delle offerte	“	167

9. La progettazione " 175
9.1. I livelli di progettazione ed il procedimento di approvazione " 175
9.2. Gli incarichi esterni " 190
9.3. Le procedure di affidamento ed i concorsi di progettazione ed di idee. " 197
9.4. I compensi professionali " 206
9.5. Gli incentivi " 219
9.6. La verifica della progettazione " 220
9.7. Le garanzie e le coperture assicurative " 230
9.8. L'esecuzione del contratto " 241
10. I contratti sotto soglia " 251
10.2. La licitazione privata semplificata " 260
10.3. Gli appalti di servizi e forniture " 262
10.4 L'affidamento in economia " 269
11. Le altre disposizioni relative ai lavori pubblici " 275
11.1. Programmazione, direzione lavori e collaudo " 275
11.2. I termini di adempimento e le cause di rescissione e risoluzione del contratto " 283
12. La concessione di lavori pubblici " 291
12. 1. Natura ed oggetto del contratto " 291
12. 2. Le procedure di aggiudicazione " 299
13. Il project financing " 303
13. 1. Oggetto e procedure " 303
13.2. Il project financing per la realizzazione delle infrastrutture strategiche " 314
14. Il contraente generale " 320
15. La società pubblica di progetto " 322
16. Le infrastrutture strategiche " 325

Premessa

Con l'approvazione del Decreto Legislativo 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*, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 100 del 2 maggio 2006 (Supplemento ordinario n. 107), si è introdotta nel settore dei lavori pubblici l'ennesima innovazione normativa.

Per la sua complessità (il *Codice* si compone di 257 articoli e 22 allegati), il provvedimento necessita di un'analisi che concerna sia gli aspetti giuridici che quelli più prettamente operativi e procedurali. In questo documento si procederà ad un'analisi essenzialmente giuridica del D.Lgs. 163/2006, mentre oggetto di una successiva pubblicazione sarà la predisposizione di una sorta di "*manuale di applicazione*" che evidenzi le differenze operative e procedurali con la normativa previgente.

In questa sede è opportuno evidenziare che le maggiori novità apportate dal *Codice* al quadro normativo previgente sono contenute nella Parte II (che tratta di *Contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture nei settori ordinari*), Capo III (che tratta di *Oggetto del contratto, procedure di scelta del contraente e selezione delle offerte*) il quale disciplina le procedure di aggiudicazione innovative (dialogo competitivo, accordo quadro, sistemi dinamici di acquisizione), amplia l'oggetto del contratto di appalto, nonché l'ambito di operatività delle procedure negoziate.

Proprio per la sua portata innovativa, il Capo III è stato oggetto di intervento da parte della recente Legge n. 228 del 2006 di conversione del D.L. n. 173/2006, il cui art. 1-*octies* ha differito, tra l'altro, al 1° febbraio 2007 l'entrata in vigore dei commi 2 e 3 dell'art. 53 e del comma 7 dell'art. 3[1].

---

[1] Dispone l'art. 3, 7° comma, del D.Lgs. n. 163/2006 che: *"Gli <<appalti pubblici di lavori>> sono appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero, previa acquisizione in sede di offerta del progetto definitivo, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, relativamente a lavori o opere rientranti nell'allegato I, oppure, limitatamente alle ipotesi di cui alla parte II, titolo III, capo IV, l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante o dall'ente aggiudicatore, sulla base del progetto preliminare posto a base di gara"*. L'art. 53, 2° comma del medesimo D.Lgs. prevede che: *"Negli appalti relativi a lavori, il decreto o la determina a contrarre stabilisce,*

Si tratta di disposizioni normative che, innovando il pregresso regime, introducevano una sostanziale equiparazione fra appalto di lavori avente ad oggetto la sola esecuzione di lavori ed appalto avente, invece, ad oggetto l'esecuzione congiunta alla progettazione, estendendo l'ambito oggettivo di operatività dell'appalto integrato.

Tale estensione, in verità avviata già con la legge n. 166/2002, proseguita con la Legge n. 62/2005 e solo ultimata con il D.Lgs. n. 163/2006, snatura uno dei principi informatori della Legge quadro n. 109/1994 ossia la separazione fra progettazione ed esecuzione; separazione che è funzionale a garantire l'imparzialità del progettista e della sua attività rispetto alle esigenze dell'impresa esecutrice.

La sospensione congiunta dei due articoli potrebbe lasciare presagire la fine di tale commistione e la riaffermazione della validità della separazione fra attività intellettuale e materiale con una configurazione dell'istituto dell'appalto integrato, come istituto autonomo.

Tale sospensione sembrerebbe riaffermare, inoltre, la sostanziale differenza fra la nozione di appalto pubblico riportata nelle Direttive europee e la correlativa nozione presente nel nostro ordinamento.

Anche la Direttiva 2004/18/Ce, così come le sue precedenti versioni, riconduce infatti alla nozione di appalto oltre all'attività di esecuzione,

---

motivando, nelle ipotesi di cui alle lettere b) e c) del presente comma, in ordine alle esigenze tecniche, organizzative ed economiche, se il contratto ha ad oggetto: a) la sola esecuzione; b) la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice; c) previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice. Lo svolgimento della gara è effettuato sulla base di un progetto preliminare, nonché di un capitolato prestazionale corredato dall'indicazione delle prescrizioni, delle condizioni e dei requisiti tecnici inderogabili. L'offerta ha ad oggetto il progetto definitivo e il prezzo. Per le stazioni appaltanti diverse dalle pubbliche amministrazioni l'oggetto del contratto è stabilito nel bando di gara." A sua volta il 3° comma del citato art. 53 dispone che: *"Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. Il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti, secondo quanto previsto dal capo IV del presente titolo (progettazione e concorsi di progettazione), e l'ammontare delle spese di progettazione comprese nell'importo a base del contratto. Per i contratti di cui al comma 2, lettere b) e c), l'ammontare delle spese di progettazione esecutiva non è soggetto a ribasso d'asta".*

anche quest'ultima congiunta alla progettazione nonché "*l'esecuzione con qualsiasi mezzo di lavori'*"[2].

L'art. 3, 7° comma, del D.Lgs. n. 163/2006 (oggi sospeso) si conformava acriticamente a tale definizione recependo nel suo ultimo capoverso l'inciso *"esecuzione con qualsiasi mezzo….."*. Una siffatta generica previsione avrebbe normativamente aperto la via ad istituti atipici (vendita di cosa futura, *leasing immobiliare*, ecc.) che, ancorché finalizzati alla realizzazione di un'opera pubblica, difettano dei caratteri propri di un contratto di appalto di lavori, contravvenendo alla tradizione italiana che, sul punto si è mostrata ben più rigida dell'ordinamento europeo.

Peraltro, le intenzioni del legislatore non sembrano avere una piena coerenza. Si deve infatti evidenziare che l'art. 24 del D.Lgs. n. 163/2006, rimasto in piedi anche all'esito della Legge n. 228/2006, regolamenta i contratti di sponsorizzazione[3] estendendone l'ambito oggettivo di operatività ai lavori pubblici.

Lo stesso disegno di legge Finanziaria 2007, approvato dal Consiglio dei ministri in data 29 settembre 2006, all'art. 116 (*Appalti di opere pubbliche mediante servizi finanziari immobiliari ed appalti di servizi mediante locazione finanziaria di beni mobili*) introduce il "*leasing immobiliare*" statuendo che per "*(...) la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti all'applicazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria"*.

---

2 In particolare dispone l'art. 1, par. 2, lett. b) della Direttiva 2004/18/ce che: "*Gli "appalti pubblici di lavori" sono appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato Io di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice. Per "opera" si intende il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplichi una funzione economica o tecnica"*.

3 Dispone l'art. 26 D.Lgs n. 163/2006 che: "*1. Ai contratti di sponsorizzazione e ai contratti a questi assimilabili, di cui siano parte un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore e uno sponsor che non sia un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore, aventi ad oggetto i lavori di cui all'allegato I, nonché gli interventi di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici sottoposti a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ovvero i servizi di cui all'allegato II, ovvero le forniture disciplinate dal presente Codice, quando i lavori, i servizi, le forniture sono acquisiti o realizzati a cura e a spese dello sponsor, si applicano i principi del Trattato per la scelta dello sponsor nonché le disposizioni in materia di requisiti soggettivi dei progettisti e degli esecutori del contratto. 2. L'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore beneficiario delle opere, dei lavori, dei servizi, delle forniture, impartisce le prescrizioni opportune in ordine alla progettazione, nonché alla direzione ed esecuzione del contratto"*.

La tassatività delle forme dei contratti pubblici statuita originariamente dalla legge 109/94, trovava una propria *ratio* giustificatrice nell'esigenza di tutelare le regole della concorrenza sotto il profilo della trasparenza dell'azione amministrativa, evitando che l'apertura a fattispecie ultronee potesse essere causa di indebita ed indiretta violazione delle regole sugli appalti pubblici.

Tale esigenza permane tuttora attuale; la legittimazione di nuovi strumenti per la realizzazione delle opere pubbliche (quali il contratto di locazione finanziaria) rischia di lasciare eccessivi margini di discrezionalità alla pubblica amministrazione, che potrebbe essere tentata di avvalersi dei nuovi mezzi di esecuzione esclusivamente al fine di aggirare le rigide regole poste a tutela della concorrenza e della qualità dell'opera pubblica dalla normativa nazionale.

Giovanni Angotti

1. Articolazione e contenuti del Codice

Il Codice è articolato in cinque Parti:

- la Parte I, suddivisa in due Titoli, e recante *"Principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte nell'ambito di applicazione del Codice"*;
- la Parte II, che rappresenta la parte più corposa e, probabilmente, significativa, del Codice, articolata in quattro Titoli e recante *"Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari"*;
- la Parte III, articolata in due Titoli, e recante *"Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali"*;
- la Parte IV recante il *"Contenzioso";*
- la Parte V recante *"Disposizioni di coordinamento, finali e transitorie - abrogazioni"*.

Nel presente lavoro saranno oggetto di disamina esclusivamente le novità, dirette ed indirette, definite dal Codice, nonché la loro incidenza sugli istituti previgenti, tralasciandosi, di contro, la disamina di quelle disposizioni – e sono le più numerose – che di contro hanno pedissequamente recepito l'ordinamento pregresso.

2. I conflitti di competenza tra Stato e Regioni sulla materia dei contratti pubblici

Preliminarmente occorre sottolineare come la materia dei contratti pubblici – la quale non è esplicitamente prevista nell'art. 117, 2° comma della Costituzione fra le materie di competenza esclusiva statale né fra quelle di competenza concorrente – lungi dal rappresentare una vera e propria materia integra un ambito di legislazione suscettivo di essere diversamente qualificato a seconda dell'oggetto al quale afferisce e, pertanto, alla luce di ciò, può essere diversamente ascritta alla competenza legislativa esclusiva statale, concorrente ovvero residuale regionale.

La Corte Costituzionale ha esplicitato il requisito della trasversalità della materia dei contratti pubblici, e segnatamente dei lavori pubblici, nella nota sentenza n. 303 dell'1.10.2003[4]; in sostanza la materia dei contratti pubblici, quale che sia il settore di riferimento, non ha un contenuto predefinito tale da convogliarla in un solo ambito della competenza normativa, ma è sostanzialmente riconducibile a tutti e tre (esclusiva, concorrente e residuale) a seconda dell'aderenza del profilo disciplinare preso in considerazione[5].

Alla luce di ciò s'intuisce come la questione della competenza normativa non vada affrontata riconducendo la materia dei contratti pubblici ad uno dei "macro – settori" di cui all'art. 117, 2° comma della Costituzione ovvero ad una delle materie di cui al successivo 3° comma; essa impone, invece, un'analisi dettagliata della materia, capace di evidenziare lo specifico profilo disciplinare di interesse e l'ambito della competenza normativa al quale esso sia riconducibile. Ne consegue, quindi, come la vera questione da affrontare sia proprio quella della individuazione dell'ambito normativo di appartenenza dello specifico profilo disciplinare preso in considerazione e generalmente riconducibile alla materia dei contratti pubblici.

---

4 In Giur. cost., 2003, 5; Dir. e Giust. 2003, 37, pag. 58 con nota di MAGNI; Urbanistica e appalti, 2003, 12, pag. 1399 con nota di CAPUTO O M; Foro amm. CDS 2003, pag. 2776 (s.m.); Riv. giur. edilizia 2004, I, pag. 10; Riv. corte conti 2003, 6, pag. 181; Corriere giur. 2004, 1, pag. 29 con nota di DICKMANN R.

5 Indicativamente è la medesima costruzione che la Consulta ha effettuato per l'ambito della tutela dell'ambiente di cui all'art. 117, 2° comma, lett. s) della Costituzione.

Per la materia dei contratti pubblici, peraltro, l'analisi è ulteriormente complicata alla luce del fatto che anche alcuni dei profili disciplinari che la caratterizzano rivestono in realtà carattere trasversale come ad esempio quello della "tutela della concorrenza" ovvero dell' "ordinamento civile". È quasi naturale, dunque, che alla regolamentazione da parte del legislatore statale di uno di tali profili consegua l'invasione in ambiti di competenza normativa regionale; non per ciò solo, però, l'intervento statale potrebbe ritenersi precluso purché esso sia ispirato alla proporzionalità, all'adeguatezza ed al raccordo istituzionale con il titolare del potere normativo.

Come ancora una volta precisa la Consulta nella citata sentenza n. 303/2003: "*Una volta stabilito che, nelle materie di competenza statale esclusiva o concorrente, in virtù dell'art. 118, primo comma, la legge può attribuire allo Stato funzioni amministrative e riconosciuto che, in ossequio ai canoni fondanti dello Stato di diritto, essa è anche abilitata a organizzarle e regolarle, al fine di renderne l'esercizio permanentemente raffrontabile a un parametro legale, resta da chiarire che i principî di sussidiarietà e di adeguatezza convivono con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel Titolo V e possono giustificarne una deroga solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata"*. In sintesi per giudicare se una legge statale sia invasiva delle attribuzioni regionali o costituisca invece applicazione dei principî di sussidiarietà e adeguatezza diviene elemento valutativo essenziale la previsione di un'intesa fra lo Stato e le Regioni interessate, alla quale sia subordinata l'operatività della disciplina.

A voler trarre una prima conclusione da quanto detto è possibile affermare che qualora il profilo trattato sia riconducibile ad uno degli ambiti di cui al 2° comma, dell'art. 117 della Costituzione, la competenza dovrà essere del legislatore statale in via esclusiva; di contro, qualora invece il profilo pervenga ad una o più delle materie indicate dal 3° comma, dell'art. 117 della Costituzione, la potestà legislativa spetterà alle

Regioni nel rispetto dei principi fondamentali individuati dalla vigente legislazione statale[6].

Il Codice ha cercato di affrontare la difficoltosa operazione di individuazione delle competenze normative prospettando all'interprete una duplice questione:

1) l'individuazione degli ambiti e delle materie di competenza dello Stato e quelle di competenza delle Regioni ai sensi dell'art. 4 del Codice;

2) la portata applicativa dell'emananda normativa regolamentare di cui all'art. 5 del Codice.

Riguardo al primo dei due aspetti, l'art. 4 vincola le Regioni e le Province Autonome al rispetto degli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario nonché alle "*disposizioni*" (e non ai soli principi) relative alle materie di competenza esclusiva statale[7] mentre, per quanto concerne le materie rimesse alla potestà legislativa concorrente fra Stato e Regioni precisa che queste ultime potranno esercitare la propria potestà normativa ma nel rispetto dei "*principi fondamentali*" (e non delle disposizioni) contenuti nelle norme del Codice[8].

Fin qui, verrebbe da dire, "nulla di nuovo"; il Codice non effettua un'attività ricognitiva dei principi fondamentali della materia, ma rimette tale attività all'interprete rinviando al contenuto delle sue norme; tuttavia esso procede alla materiale individuazione degli ambiti di competenza statali e regionali. In particolare esso rimette alla potestà legislativa concorrente Stato - Regioni[9] rispettivamente:

1. la programmazione di lavori pubblici;

2. l'approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi;

---

6 È questo il criterio adottato dal Consiglio di Stato nel Parere 6.2.2006, n. 355 in www.lexitalia.it; ivi anche G. CARINCI *Codice dei contratti pubblici: riparto di competenze tra Stato e Regioni*.

7 L'art. 4, 1° comma, del Codice dispone che: *"Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nelle materie oggetto del presente Codice nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e delle disposizioni relative a materie di competenza esclusiva dello Stato"*.

8 Ai sensi dell'art. 4, 2° comma, del Codice: *"Relativamente alle materie oggetto di competenza concorrente, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nel rispetto dei principi fondamentali contenuti nelle norme del presente Codice"*.

9 E, pertanto, vincola queste ultime al rispetto dei soli principi desumibili dal Codice.

3. l'organizzazione amministrativa;
4. i compiti e requisiti del responsabile del procedimento;
5. la sicurezza del lavoro.

A fronte di tale - "ristretto" - ambito rimesso all'intervento legislativo concorrente regionale, il Codice individua un ben più ampio spazio di intervento rimesso all'esclusiva competenza normativa statale. Difatti l'art. 4, 3° comma prevede che le regioni **non possano** prevedere una disciplina diversa da quella dettata dal Codice in relazione:

1. alla qualificazione e selezione dei concorrenti;
2. alle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa;
3. ai criteri di aggiudicazione;
4. al subappalto;
5. ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;
6. alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza;
7. alla stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative;
8. al contenzioso;
9. i contratti relativi alla tutela dei beni culturali, i contratti nel settore della difesa, i contratti segretati o che esigono particolari misure di sicurezza relativi a lavori, servizi, forniture.

Per chiarire quale possa essere l'efficacia di tali previsioni normative, ed in particolare se esse siano o meno conformi al riparto delle competenze normative definito dal dettato costituzionale, occorre procedere alla disamina, non solo della legge delega n. 62/2005, ma anche della Legge n. 131/2003. Il collegamento in questione scaturisce dal fatto che, pur nel silenzio della delega di cui all'art. 25 della legge n. 62/2005, l'art. 4 del Codice opera una, seppur generica, ricognizione dei principi fondamentali

afferenti ai profili disciplinari riconducibili alla potestà legislativa concorrente, individuando esclusivamente i settori nell'ambito dei quali rinvenire tali principi.

Di contro, nel comma 3°, come detto, il Codice individua non solamente i principi, ma i profili disciplinari specifici rimessi all'esclusiva competenza del legislatore statale. La ricognizione operata è chiaramente più estesa rispetto ai criteri di delega, tuttavia essa sembrerebbe conformarsi proprio all'impostazione di cui all'art. 1 della legge n. 131/2003 che prevede dapprima che le Regioni possano esercitare la propria potestà legislativa concorrente nel rispetto dei principi fondamentali desumibili dalla legislazione vigente ovvero espressamente determinati dallo Stato e, successivamente, chiarisce che: *"In sede di prima applicazione, per orientare l'iniziativa legislativa dello Stato e delle Regioni fino all'entrata in vigore delle leggi con le quali il Parlamento definirà i nuovi principi fondamentali, il Governo è delegato ad adottare, entro tre anni dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri di concerto con i Ministri interessati, uno o più* ***decreti legislativi meramente ricognitivi dei principi fondamentali*** *che si traggono dalle leggi vigenti, nelle materie previste dall'articolo 117, terzo comma, della Costituzione, attenendosi ai principi della esclusività, adeguatezza, chiarezza, proporzionalità ed omogeneità"*. Da questo punto di vista il 2°comma dell'art. 4 del Codice – fermi restando i profili problematici afferenti all'eccesso di delega –sembra conformarsi all'impostazione della legge "La Loggia" ancorché, in realtà, non individui espressamente i principi fondamentali della materia, ma rimetta all'interprete tale operazione[10], limitandosi a delineare, peraltro in via meramente indicativa e non esaustiva[11], gli ambiti generali all'interno dei quali compiere tale operazione.

Maggiori perplessità solleva, invece, il successivo 3° comma dell'art. 4 che individua gli ambiti disciplinari della materia dei contratti pubblici

---

[10] Critica tale impostazione T. FROSINI *Il primo nodo del Codice: il difficile equilibrio tra poteri statali e regionali*, in Ed. e Terr. N. 17/2006, 6 ss.

[11] Come si desume dall'inciso "*in particolare"* di cui al 2° comma, dell'art. 4; la norma infatti dispone che: "*Relativamente alle materie oggetto di competenza concorrente, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nel rispetto dei principi fondamentali contenuti nelle norme del presente Codice, in particolare, in tema di programmazione di lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro".* Il riferimento ai settori è, dunque, da considerarsi indicativo e non certamente esaustivo.

riservati all'esclusiva competenza del legislatore statale. Nell'ottica dei criteri di cui all'art. 1 della legge n. 131/2003, alla luce, anche, dell'interpretazione fattane dalla Consulta, la norma in parola potrebbe palesarsi illegittima costituzionalmente.

Occorre sinteticamente ricordare che l'art. 1 della Legge n. 131/2003 contemplava una disposizione normativa dal seguente tenore: *"Nei decreti legislativi di cui al comma 4, sempre a titolo di mera ricognizione, possono essere individuate le disposizioni che riguardano le stesse materie ma che rientrano nella competenza esclusiva dello Stato a norma dell'articolo 117, secondo comma, della Costituzione"*. In sostanza la norma consentiva al Governo di individuare, oltre i principi fondamentali della materia anche i relativi profili disciplinari della stessa sottratta alla competenza legislativa regionale e rimessi alla competenza esclusiva statale.

Siffatta disposizione presentava, a ben vedere, l'intrinseca pericolosità di consentire al Governo, in sede di ricognizione dei principi fondamentali, di limitare l'ambito di intervento legislativo regionale individuando i profili disciplinari espressamente sottratti allo stesso. Tale aspetto è stato prontamente censurato dalla Consulta che, pur constatando la "forza di legge" dei decreti delegati, precisava che l'oggetto della delega era (ed è) esclusivamente l'espletamento di un'attività che non dovrebbe andare al di là della mera ricognizione di quei principi fondamentali vigenti, oggettivamente deducibili anche in base, ad esempio, alle pronunce della Corte medesima, ovvero di altre giurisdizioni. D'altra parte, anche i principi direttivi enunciati nel citato comma 4, precisa la Corte, con il loro contenuto assai vago e generico, indirizzano e delimitano il compito del legislatore delegato verso l'espletamento dell'indicata funzione ricognitiva. Il Governo è infatti abilitato a procedere, con attività adeguata e proporzionata allo scopo, esclusivamente all'individuazione, nell'ambito della legislazione vigente, di norme-principio chiare ed omogenee, tenendo peraltro conto che non tutte le disposizioni che in tal senso si autoqualificano lo sono, né "*il loro compiuto tenore letterale*" costituisce in ogni caso "*principi della legislazione dello Stato*", ma soltanto "*i nuclei essenziali del contenuto normativo*" che tali disposizioni esprimono (sentenza n. 482 del 1995).

È opportuno riportare il passo maggiormente significativo della sentenza n. 280 del 28.07.2004: "*Dal citato art. 1, comma 4, così come interpretato alla stregua delle formule testuali adottate, del contesto normativo in cui si colloca e delle finalità della stessa legge n. 131, quali*

risultano dai relativi lavori preparatori, emerge dunque una prescrizione normativa, che giustifica una lettura "minimale" della delega ivi disposta, tale comunque da non consentire, di per sé, l'adozione di norme delegate sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente (cfr. sentenza n. 427 del 2000), evitando così le prospettate censure di costituzionalità incentrate essenzialmente sulla contraddittorietà con la riconosciuta competenza parlamentare a definire i "nuovi" principi fondamentali. Ed infatti, il comma 5, disponendo che nei decreti legislativi di cui al comma 4 possano essere "individuate le disposizioni che riguardano le stesse materie, ma che rientrano nella competenza esclusiva dello Stato", estende l'oggetto della delega anche all'asserita ricognizione, nell'ambito delle materie riservate al legislatore statale, della disciplina di quelle funzioni che hanno "natura di valore trasversale, idoneo ad incidere anche su materie di competenza di altri enti" (sentenza n. 536 del 2002). Il Governo delegato non può però in questa ipotesi limitarsi ad una mera attività ricognitiva, giacché, dovendo identificare le disposizioni che incidono su materie o submaterie di competenza regionale concorrente, contemporaneamente riservate alla competenza esclusiva statale, deve necessariamente fare opera di interpretazione del contenuto delle materie in questione. Si tratta quindi di un'attività interpretativa, largamente discrezionale, che potrebbe finire con l'estendersi anche a tutte le altre tipologie di competenza legislativa previste dall'art. 117 della Costituzione, attraverso la individuazione e definizione delle materie e delle varie funzioni ad esse attinenti. E' pertanto evidente che con la lettura "minimale" della delega, così come configurata dal comma 4, contrasta la disposizione del comma in esame, che amplia notevolmente e in maniera del tutto indeterminata l'oggetto della delega stessa fino eventualmente a comprendere il ridisegno delle materie, per di più in assenza di appositi principi direttivi, giacché quelli enunciati nel comma 4, a prescindere dalla mancanza di qualsiasi rinvio ad essi, appaiono inadeguati. Sotto questi profili risulta quindi chiara la violazione dell'art. 76 della Costituzione".

I principi succintamente ricordati, pur relativi ad una questione diversa rispetto a quella del Codice, non sono scevri di implicazioni rispetto a quest'ultimo. Occorre ricordare che la delega di cui all'art. 25 della Legge n. 62/2005 non autorizza alcuna ricognizione di principi fondamentali né tanto meno l'individuazione di ambiti esclusivi di competenza statale, ma ciò nonostante è innegabile che l'individuazione di tali principi fondamentali sia oggetto del Codice e che, soprattutto,

quest'ultimo dovrà comunque confrontarsi con i relativi delegati di cui all'art. 1 della Legge n. 131/2003[12].

Ebbene, pur volendo ritenere l'attività di ricognizione immanente alla predisposizione di un T.U. quale è quello in esame, sfugge chiaramente alla sua competenza l'individuazione degli ambiti riservati alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, trattandosi di operazione novativa del previgente assetto delle competenze che compete, anche nell'ottica della visione minimalista delle deleghe ricognitive di cui alla sentenza della Consulta n. 280/2004, esclusivamente al Parlamento.

In sintesi, assumendo a principio fondamentale dell'ordinamento quanto statuito dalla Consulta in merito alla esclusiva competenza del Parlamento nella individuazione dei nuovi principi e, dunque, degli ambiti di competenza esclusiva statali, risulta evidente che l'art. 4, 3° comma, del Codice, pur estraneo alle vicende di cui all'art. 1, 5° comma, della Legge n. 131/2003, non potrebbe mai – verrebbe da dire: a maggior ragione – indicare espressamente gli ambiti di riserva esclusivi dello Stato.

Ciò detto, il merito della previsione normativa di cui al 3° comma dell'art. 4 restringe e di molto le competenze regionali in materia. Non vi è dubbio che essa vada letta in rapporto al riparto delle competenze normative di cui all'art. 117 della Costituzione sì come mitigato dal "*diritto vivente*" con l'introduzione dei principi di "*trasversalità*" degli ambiti di esclusivo intervento statale, nonché della *"chiamata in sussidiarietà"*, di cui alla sentenza n. 303/2003. Tuttavia, quale che sia l'angolo visuale prescelto per l'analisi, la competenza regionale non potrebbe mai essere del tutto esautorata, anzi, il riparto in favore dello Stato dovrà sempre essere ragionevole e proporzionato[13] e supportato da specifiche "intese" con le amministrazioni regionali.

In particolare, non vi è dubbio alcuno che per i contratti di lavori, servizi e forniture di interesse statale la competenza normativa spetti per intero allo Stato[14], mentre qualora gli stessi siano d'interesse regionale

---

12 In questi termini anche la VIII Commissione Ambiente della Camera che, nel parere dell'1.3.2006 (in particolare punto lett. d)) ebbe a precisare la necessità di una rivisitazione del riparto delle competenze di cui agli art. 4 e 5, anche alla luce del decreto delegato ricognitivo dei principi fondamentali in materia di governo del territorio.

13 Così, ad esempio, in materia di tutela della concorrenza la Corte Costituzionale nella sentenza n. 14/2004.

14 In questo senso anche Consiglio St. parere n. 355/2006 *cit.*

occorrerà verificare, caso per caso, quale possa essere l'incidenza dei profili di intervento trasversali, rimessi alla esclusiva competenza del legislatore statale, sulla disciplina dei contratti tendenzialmente di competenza regionale. Occorre precisare che il contratto è regionale non solo sotto il profilo meramente territoriale (tutti gli interventi – anche quelli statali – sono localizzati sul territorio regionale) ma funzionale, ossia deve trattarsi di una prestazione diretta a soddisfare un'esigenza della Regione.

Orbene, gli ambiti inquadrati dall'art. 4, 3° comma del Codice, in tanto potranno essere di competenza statale in quanto siano afferenti ad uno o più degli ambiti trasversali individuati dall'art. 117, 2° comma, della Costituzione ovvero nei limiti in cui esso operi con la "*chiamata in sussidiarietà*" nella regolamentazione delle funzioni amministrative attribuitegli. Anche qualora sia riscontrabile la legittimità di tale intervento, non per questo potrebbe essere esautorata la competenza normativa regionale.

Gli ambiti di intervento collegati alle materie di cui all'art. 4, 3° comma, sono stati individuati nella tutela della concorrenza, l'ordinamento civile, la giurisdizione e le norme processuali nonché la giustizia amministrativa[15].

In particolare il principio della tutela della concorrenza, il quale configura un ambito di intervento esclusivo dello Stato, è stato recentemente interpretato dalla Corte Costituzionale che, pur espressamente definita materia/funzione[16], non ha escluso in senso assoluto una competenza normativa regionale. In particolare la Consulta con la sentenza del 13.01.2004 n. 14[17] ha precisato che *"la nozione di tutela della concorrenza abbraccia nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude interventi promozionali dello Stato, tuttavia, la linea di confine tra il principio autonomistico e quello della riserva allo Stato della tutela della concorrenza va individuata nella inclusione di questa competenza statale nella lettera e) dell'art. 117, secondo comma della Costituzione, che concentra in capo allo Stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese. L'intervento statale si giustifica, quindi, per la sua rilevanza macroeconomica, mentre alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni sono*

---

15 Cons. St. parere n. 335/2006.
16 Corte Costituzionale sent. n. 175/2005 in www.cortecostituzionale.it
17 Negli stessi termini Corte Costituzionale sentt. nn. 134/2005 e 174/2005.

riservati gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale." Il *discrimen* per ricondurre un profilo della complessa materia dei contratti pubblici nell'ambito della "*tutela della concorrenza*" e, dunque, alla potestà esclusiva statale, è innanzitutto l'ambito territoriale degli interventi alla cui realizzazione i finanziamenti sono funzionali oltre che all'adeguatezza e proporzionalità dell'intervento programmato rispetto agli obiettivi attesi[18].

I sistemi di qualificazione, le procedure di affidamento sotto il profilo della disciplina delle forme di pubblicità e trasparenza e dei criteri di aggiudicazione, rappresentano profili disciplinari sicuramente riconducibili alla tutela della concorrenza e, dunque, alla competenza legislativa statale che trasversalmente potrà invadere anche gli ambiti di competenza regionale[19]. Lo stesso dicasi per il subappalto riconducibile al profilo dell'ordinamento civile e, chiaramente, quello della regolamentazione dei contenziosi. Tuttavia, trattandosi di ambiti trasversali di intervento, il legislatore statale potrà intervenire nei limiti della proporzionalità e dell'adeguatezza. In sintesi, ciò che sembrerebbe contrastare con l'impostazione costituzionale del riparto delle competenze normative, è l'esclusione di qualsivoglia competenza regionale sui profili indicati; una previsione che, dettata aprioristicamente e senza alcun riferimento alle esigenze di adeguatezza e proporzionalità, non sembra conformarsi al dettato costituzionale.

Il 4° comma dell'art. 4 del Codice detta la disciplina sulla "*cedevolezza*" delle norme prevedendo che: *"Nelle materie di competenza normativa regionale, concorrente o esclusiva, le disposizioni del presente Codice si applicano alle regioni nelle quali non sia ancora in vigore la normativa di attuazione e perdono comunque efficacia a decorrere dalla data di entrata in vigore della normativa di attuazione adottata da ciascuna regione"*. La previsione normativa si giustifica con la circostanza che le norme del Codice recepiscono due direttive europee per le quali, ferme restando le competenze di ciascun organo a seconda della materia di riferimento, sussiste una specifica responsabilità da parte del Stato. La previsione si ricollega, pertanto all'art. 11, 8° comma, della Legge n. 11, del 4.2.2005 in forza della quale *"In relazione a quanto disposto dall'articolo 117, quinto comma, della Costituzione, gli atti normativi di*

---

[18] In questo senso *ex multis*: Corte Cost sentt. nn. 272/2004; 175/2005.

[19] Si pensi alle pur controverse forme di pubblicità richieste dal Codice anche per gli appalti banditi dalla Regione.

cui al presente articolo possono essere adottati nelle materie di competenza legislativa delle regioni e delle province autonome al fine di porre rimedio all'eventuale inerzia dei suddetti enti nel dare attuazione a norme comunitarie. In tale caso, gli atti normativi statali adottati si applicano, per le regioni e le province autonome nelle quali non sia ancora in vigore la propria normativa di attuazione, a decorrere dalla scadenza del termine stabilito per l'attuazione della rispettiva normativa comunitaria, perdono comunque efficacia dalla data di entrata in vigore della normativa di attuazione di ciascuna regione e provincia autonoma e recano l'esplicita indicazione della natura sostitutiva del potere esercitato e del carattere cedevole delle disposizioni in essi contenute. I predetti atti normativi sono sottoposti al preventivo esame della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano".

Tuttavia il Codice sembrerebbe dare, erroneamente, per scontata l'abrogazione della normativa regionale ad esso previgente. Lungi dall'accogliere tale semplicistica valutazione occorrerebbe valutare, in particolare per i profili della materia rimessi alla potestà legislativa concorrente di cui all'art. 4, 2° comma, del Codice (ossia "*la programmazione, l'approvazione dei progetti a fini urbanistici ed espropriativi, l'organizzazione amministrativa, i compiti ed i requisiti del responsabile del procedimento e la sicurezza sul lavoro"*), la conformità della predetta normativa regionale ai principi fondamentali della materia – **ma non anche alle disposizioni** - e, solo in caso di accertamento negativo, considerarsi abrogata la disciplina regionale[20].

Ai sensi dell'art. 10 della legge 10.02.1953, n. 62 *"Le leggi della Repubblica che modificano i principi fondamentali di cui al primo comma dell'articolo precedente abrogano le norme regionali che siano in contrasto con esse. I Consigli regionali dovranno portare alle leggi regionali le conseguenti necessarie modificazioni entro novanta giorni"*. Alla luce della nota previsione della "legge Scelba", la legge regionale previgente che, nelle materie rimesse alla sua potestà legislativa concorrente ai sensi dell'art. 4, 2° comma, del Codice, ove sia conforme al principio recato dalle norme del Codice, ancorché in contrasto con la

[20] In questi termini anche R. MANGANI, *tra Codice e leggi regionali rapporti sempre più difficili*, in Ed. Terr. n. 36/2006, 12 ss.

disciplina di dettaglio recata dalla disposizione del Codice, non potrebbe per ciò solo ritenersi abrogata. In sintesi:

1) le nuove norme codicistiche ancorché espressione, ai sensi del combinato normativo di cui all'art. 11, 8° comma, della legge n. 11/2005 e dell'art. 4, 4° comma del Codice, del recepimento della normativa europea in materia di contratti, non operano in regime di "vuoto normativo" tale da giustificare l'integrale loro applicazione dalle Regioni;

2) le leggi regionali previgenti, nelle materie rimesse alla potestà legislativa concorrente Stato – Regioni, di cui all'art. 4, 2° comma, del Codice, non potranno ritenersi abrogate *ipso iure* per l'entrata in vigore del Codice;

3) al fine della loro abrogazione sarà necessario accertare e constatare il contrasto della norma regionale con i principi fondamentali del Codice, ai sensi e per gli effetti dell'art. 10, della Legge n. 62/1953.

L'eccezione alla regola generale è quella di cui al 5° comma, dell'art. 4 secondo cui: *"Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione"*. Per le Regioni a statuto speciale e le province autonome non si applica, dunque, la clausola di cedevolezza di cui al 4°comma, e neanche l'abrogazione di cui all'art. 10 della Legge n. 10/1953, ma solo l'obbligo di adeguamento alle "novità" nel rispetto delle norme previste dagli Statuti speciali e dalle relative norme di attuazione[21].

Nelle sentenze n. 333 e n. 482 del 1995 e nella più recente sentenza n. 302 del 2003, l'argomento su cui è incentrata la *ratio decidendi* è che lo strumento della delegificazione non può operare in presenza di fonti tra le quali non vi siano rapporti di gerarchia, ma di separazione di competenze. Solo la diretta incompatibilità delle norme regionali con sopravvenuti

[21] Sul punto si veda oltre al parere n. 355/2006 del Consiglio di Stato anche la Corte cost. 01-10-2003 (23-09-2003), n. 302 in Foro amm. CDS 2003, pag. 2774 (s.m.); Riv. giur. urbanistica 2003, pag. 316 con nota di PASSERI; Giur. cost. 2003, 5; Riv. giur. edilizia 2004, I, pag. 55.

principî o norme fondamentali della legge statale può infatti determinare l'abrogazione delle prime.

La ragione giustificativa di tale orientamento si è, se possibile, rafforzata con la nuova formulazione dell'art. 117, sesto comma, della Costituzione, secondo il quale la potestà regolamentare è dello Stato, salva delega alle Regioni, nelle materie di legislazione esclusiva, mentre in ogni altra materia è delle Regioni. In un riparto così rigidamente strutturato, alla fonte secondaria statale è inibita in radice la possibilità di vincolare l'esercizio della potestà legislativa regionale o di incidere su disposizioni regionali preesistenti (sentenza n. 22 del 2003); neppure i principî di sussidiarietà e adeguatezza possono conferire ai regolamenti statali una capacità che è estranea al loro valore, quella cioè di modificare gli ordinamenti regionali a livello primario. Quei principî, lo si è già rilevato, non privano di contenuto precettivo l'art. 117 Costituzione, pur se, alle condizioni e nei casi sopra evidenziati, introducono in esso elementi di dinamicità intesi ad attenuare la rigidità nel riparto di funzioni legislative ivi delineato. Non può quindi essere loro riconosciuta l'attitudine a vanificare la collocazione sistematica delle fonti conferendo primarietà ad atti che possiedono lo statuto giuridico di fonti secondarie, degradando le fonti regionali a fonti subordinate ai regolamenti statali o comunque a questi condizionate.

Se quindi, come già chiarito, alla legge statale è consentita l'organizzazione e la disciplina delle funzioni amministrative assunte in sussidiarietà, va precisato che la legge stessa non può spogliarsi della funzione regolativa affidandola a fonti subordinate, neppure predeterminando i principî che orientino l'esercizio della potestà regolamentare, circoscrivendone la discrezionalità.

3. I soggetti e gli organismi

Un settore nel quale il Codice, si mostra particolarmente innovativo è quello organizzativo; esso difatti introduce nuovi organismi e ridefinisce ruoli e competenze nel settore dei contratti pubblici. Occorre soffermarsi in particolare: sull'Autorità di vigilanza (art. 6); sull'Osservatorio (art. 7); sullo sportello Unico dei contratti pubblici (art. 9) e sul responsabile delle procedure di affidamento (art. 10).

3. 1. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Rispetto al regime previgente, il dato che balza agli occhi con immediatezza, è l'ampliamento dell'ambito oggettivo di intervento dell'Autorità anche ai contratti aventi ad oggetto servizi e forniture, coerentemente con l'unificazione della disciplina di aggiudicazione ed esecuzione degli appalti operata dal D.Lgs. n. 163/2006 ed in attuazione della Legge delega[22].

Funzione tipica dell'Autorità continua ad essere quella di vigilanza e garanzia in ordine alla corretta applicazione della disciplina in materia di contratti pubblici; funzione che, peraltro, dovendosi conservare unitaria per essere efficace, ne ha fatto salva la specifica disciplina in ordine alle rivendicazioni del legislatore regionale[23]. In particolare, ai sensi dell'art. 6,

---

[22] Art. 25, comma 1, lett. c) della Legge n. 62/2005 che recepisce la prescrizione dettata dall'art. 81, comma 2, della Direttiva 2004/18/Ce.

[23] Si veda in questo senso Corte Costituzionale n. 482 del 7.11.1995 in Riv. corte conti 1995, fasc. 6, 276; Riv. trim. appalti 1995, 75 con nota di ANELLI; Riv. trim. appalti 1995, 75 con nota di NICODEMO; Riv. trim. appalti 1995, 75 con nota di SENZANI; Regioni 1996, 373 con nota di MORBIDELLI; Rass. giur. Enel 1996, 903; Riv. it. dir. pubbl. comunit. 1996, 749; Giur. it. 1996, I, 397 con nota di POLICE; Foro amm. 1998, fasc. 10; Cons. Stato 1995, II,1927. La Corte rigetta la sollevata questione di legittimità costituzionale in ordine all'allora art. 4 della legge n. 109/1994 in quanto "*l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici - realizzando l'esigenza di un'autorità indipendente e di alta qualificazione, chiamata ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo ed agli organi di ogni amministrazione - può esercitare la funzione di vigilanza attribuitale solo se ha una conoscenza completa ed integrata del settore dei lavori pubblici, unitaria a livello nazionale; ed in quanto le sue attribuzioni - che esprimono una funzione di garanzia - da un lato, non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo, e, dall'altro, richiedono l'adempimento del dovere di cooperazione tra Stato, Regioni e Province autonome*". Si conforma la giurisprudenza amministrativa Si veda *ex multis* .R.G.A. TRENTINO-ALTO ADIGE Bolzano, 10-12-2002, n. 567 Edita in Il Foro Amministrativo T.A.R., 2002, 12, 3929 secondo cui: "*Sono legittimamente applicabili in provincia di Bolzano le sanzioni previste dall'art. 4*

5° comma, del Codice: "*L'Autorità vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, nonché, nei limiti stabiliti dal presente Codice, sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture esclusi dall'ambito di applicazione del presente Codice, al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'articolo 2 e, segnatamente, il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara".*

La norma estende la competenza dell'Autorità anche ai contratti esclusi dall'ambito di operatività delle Direttive (e dunque del Codice che le recepisce); in merito il Consiglio di Stato[24] ha riconosciuto la conformità di siffatta estensione ai criteri della delega alla luce del fatto che quest'ultima farebbe riferimento alla disciplina prevista dal Codice e non solamente a quella di riferimento delle direttive. In verità il criterio adottato appare discutibile alla luce di una lettura anche solamente formale della delega, la quale (art. 25, comma 1, lett. *c* della legge n. 62/2005) prevede il conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici dei compiti di vigilanza nei settori oggetto della presente disciplina (*id est* quella dei contratti pubblici), ma pur sempre in attuazione della normativa comunitaria. Senza dilungarsi sul significato ermeneutico della locuzione "*presente disciplina*"[25] appare obiettivamente discutibile, sulla base dello stesso tenore letterale della norma, che la normativa comunitaria – in attuazione della quale opera la norma italiana - possa legittimare l'esercizio di un potere avente un ambito oggettivo più esteso di quanto da essa stessa disciplinato.

---

commi 7e 17, l. n. 109 del 1994 (potere sanzionatorio dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici connesso al rispetto dell'obbligo di comunicare gli elementi di informazione necessari per l'esercizio delle funzioni di vigilanza), essendosi la l. prov. B. 17 giugno 1998 n. 6 adeguata con gli artt. 76 e 83 comma 5, ai principi della norma statale istintiva dell'Autorità. Le attività di ispezione e di controllo previste dalla legislazione statale in questione non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione di controllo, ma hanno funzione di garanzia e carattere strumentale rispetto alla conoscenza ed alla vigilanza nel complessivo settore dei lavori pubblici. L'impostazione non muta rispetto al nuovo quadro costituzionale derivante dalle modifiche di cui alla legge costituzionale n. 3/2001 in quanto è di tutta evidenza come la vigilanza unitaria sui contratti pubblici è una funzione che, in quanto strumentale alla tutela della concorrenza rientra nell'ambito della potestà legislativa esclusiva dello Stato anche ai sensi del novella art. 117, 2° comma, della Costituzione".

24 Nel parere n. 335del 6.2.2006 in www.lexitalia.it

25 Che, ai sensi di quanto previsto nell'epigrafe di cui all'art. 25 della legge delega dovrebbe essere il coordinamento delle procedure di aggiudicazione in recepimento delle direttive europee e non il mero coordinamento delle procedure di aggiudicazione.

Sono, invece, esclusi dall'ambito della funzione di vigilanza dell'Autorità i contratti segretati, quelli relativi al commercio di armi e quelli stipulati in base ad accordi internazionali.

L'Autorità conserva, altresì, le caratteristiche proprie di indipendenza e separazione rispetto all'apparato esecutivo sia centrale che periferico e/o territoriale ed in forza di tale particolare collocazione istituzionale la sua azione è connotata da indipendenza funzionale oltre che di valutazione e giudizio, alla quale fanno da corollario l'autonomia organizzativa e finanziaria[26].

Le guarentigie poste a tutela della citata indipendenza dell'Autorità sono quelle tipiche di qualsivoglia Autorità indipendente e si dipanano dalla individuazione delle modalità di nomina dei membri fino al riconoscimento della autonomia organizzativa. Riguardo al primo profilo l'art. 6 precisa che i membri dell'Autorità saranno nominati direttamente dai Presidenti delle Camere e scelti fra personalità di spicco del settore aventi particolare professionalità; essi potranno rimanere in carica per cinque anni non rinnovabili né prorogabili.

L'Autorità è dotata di un potere regolamentare avente ad oggetto oltre al profilo organizzatorio, anche quello afferente alla disciplina dell'esercizio della funzione di vigilanza e del potere sanzionatorio.

---

[26] Quest'ultima ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67 della Legge n. 266/2005 che introduce la cd "tassa della gara", in particolare la norma dispone che: *"L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, cui è riconosciuta autonomia organizzativa e finanziaria, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento di cui al comma 65 determina annualmente l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza, nonché le relative modalità di riscossione, ivi compreso l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche. In sede di prima applicazione, il totale dei contributi versati non deve, comunque, superare lo 0,25 per cento del valore complessivo del mercato di competenza. L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici può, altresì, individuare quali servizi siano erogabili a titolo oneroso, secondo tariffe determinate sulla base del costo effettivo dei servizi stessi. I contributi e le tariffe previsti dal presente comma sono predeterminati e pubblici. Eventuali variazioni delle modalità e della misura della contribuzione e delle tariffe, comunque nel limite massimo dello 0,4 per cento del valore complessivo del mercato di competenza, possono essere adottate dall'Autorità ai sensi del comma 65. In via transitoria, per l'anno 2006, nelle more dell'attivazione delle modalità di finanziamento previste dal presente comma, le risorse per il funzionamento dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici sono integrate, a titolo di anticipazione, con il contributo di 3,5 milioni di euro, che il predetto organismo provvederà a versare all'entrata del bilancio dello Stato entro il 31 dicembre 2006. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri è disciplinata l'attribuzione alla medesima autorità per la vigilanza sui lavori pubblici delle competenze necessarie per lo svolgimento anche delle funzioni di sorveglianza sulla sicurezza ferroviaria, definendone i tempi di attuazione"*. Sulle funzioni dell'Autorità si veda l'art. 6, 4° comma, del Codice.

Occorre domandarsi quale sia l'effettiva valenza giuridica di tali regolamenti, ossia se essi abbiano valenza normativa ovvero propriamente amministrativa[27]. Il Consiglio di Stato liquida la vicenda dando per scontata la prima delle due soluzioni, preoccupandosi, piuttosto, delle ricadute dell'esercizio di tali poteri sulle posizioni dei privati. Sia consentito dubitare di siffatte conclusioni.

A prescindere dalla esatta configurazione giuridica della potestà regolamentare, già di per se stessa problematica e controversa, se una certezza vi deve essere in questo contesto, è che la delega non assegna all'Autorità alcun potere normativo né, d'altra parte, tale assegnazione risulta essere prevista dal pregresso quadro normativo di cui alla legge n. 109/1994 che il Codice ha inteso sostituire. Anzi, l'interprete ha costantemente individuato l'azione dell'Autorità come esercizio di una potestà amministrativa e non normativa, addirittura priva di effetti vincolanti per le parti[28], né mai è stata assegnato rango normativo agli atti da essa emanati.

In estrema sintesi la questione non è tanto quella – affrontata dall'Organismo consultivo - di verificare l'astratta possibilità per le Autorità indipendenti di detenere la titolarità di un potere normativo, ma piuttosto quella prodromica e concreta di tale effettiva attribuzione in favore dell'Autorità di vigilanza; e riguardo quest'ultimo aspetto, come sottolineato, il quadro normativo di riferimento depone in senso sostanzialmente contrario.

Sotto il profilo organizzatorio, l'autonomia dell'Autorità (peraltro già riconosciuta dalla Legge n. 109/1994), trova riconoscimento nell'art. 8, 2° comma, secondo il quale: "*L'Autorità, nell'ambito della sua autonomia organizzativa, disciplina con uno o più regolamenti la propria*

---

27 Ad esempio come atti amministrativi generali.

28 *Ex multis:* TAR Lazio 10.07.2002 n. 6741 Edita in Urbanistica e appalti, 2003, 2, 222 con commento di Ieva secondo la quale: *"Le determinazioni dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici possono ascriversi alla categoria delle "circolari interpretative", in quanto destinate ad orientare la successiva attività delle Amministrazioni vigilate, ma con effetti non necessariamente vincolanti su di esse, le quali se ne possono discostare nel caso in cui le reputino contra legem. L'Autorità ha inteso muoversi nell'ambito del potere di vigilanza "sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare in materia", attribuitole dall'art. 4 della L. n. 109 del 1994 succ. mod., intendendolo comprensivo anche della facoltà di emanare atti di orientamento per la corretta applicazione della stessa normativa da parte delle Amministrazioni pubbliche. Ciò comporta l'insussistenza di una possibile lesione immediata e diretta della sfera giuridica dei destinatari delle c.d. determinazioni, che in realtà risultano essere le Amministrazioni chiamate ad applicare, in sede di formulazione dei bandi di gara, la complessa normativa sui lavori pubblici e non le imprese concorrenti".*

organizzazione e il proprio funzionamento, i bilanci, i rendiconti e la gestione delle spese nei limiti delle proprie risorse, anche in deroga alle disposizioni sulla contabilità generale dello Stato, l'accesso ai documenti amministrativi, le modalità di esercizio della vigilanza e i procedimenti sanzionatori di sua competenza".

Per quanto concerne, invece, la disciplina dell'esercizio della funzione di vigilanza, l'art. 8, 3° comma del Codice precisa che l'Autorità nell'espletamento di tale funzione dovrà prevedere:

a) il termine congruo entro cui i destinatari di una richiesta dell'Autorità devono inviare i dati richiesti;

b) la possibilità che l'Autorità invii propri funzionari nella sede di amministrazioni e soggetti aggiudicatori, e operatori economici, al fine di acquisire dati, notizie, documenti, chiarimenti;

c) la possibilità che l'Autorità convochi, con preavviso e indicazione specifica dell'oggetto, i rappresentanti di amministrazioni e soggetti aggiudicatori, operatori economici, SOA, o altri soggetti che ritenga necessario o opportuno sentire;

d) le modalità di svolgimento dell'istruttoria nel rispetto dei principi di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241;

e) le forme di comunicazione degli atti, idonee a garantire la data certa della piena conoscenza.

È palese, alla luce di tali criteri, l'esigenza, riscontrata anche in sede di dibattito parlamentare[29], di mitigare l'incidenza del potere regolamentare concesso all'Autorità sulle posizioni dei privati, soprattutto nei casi di vigilanza e sanzioni, innalzando l'intensità del livello delle garanzie procedimentali in favore di questi ultimi quasi a compensare - come rileva l'Organismo consultivo - *"il rischio di una caduta del valore della legalità sostanziale"*.

Risponde a queste esigenze di mitigazione anche l'elisione, rispetto all'originaria formulazione del Codice, della funzione pre-contenziosa che si risolveva sostanzialmente nel potere di soluzione delle controversie fra

[29] Peraltro riscontrata dal Consiglio di Stato nel parere 335/2006.

pubblica amministrazione ed operatori economici[30]. Essa è stata sostituita da una più blanda funzione consultiva non obbligatoria e, dunque attivabile solo su iniziativa di parte, sia essa la stazione appaltante ovvero l'operatore economico[31].

Tale nuova funzione, pur palesandosi legittima, non sembrerebbe poter produrre significativi effetti di "decongestionamento" del contenzioso ordinario in materia di contratti pubblici, considerando non solo la particolare celerità del rito in materia di appalti davanti al Giudice amministrativo[32], ma anche la non vincolatività del parere dell'Autorità che pur potendo orientare l'azione di una delle parti, non rivestirebbe il rango di statuizione vincolante per le parti e, dunque, non risulterebbe funzionale al superamento dell'eventuale successiva azione davanti al Giudice amministrativo. Anzi, a ben vedere, tale funzione corre il rischio di allungare i tempi di risoluzione dei contenzioni nel settore dei contratti pubblici.

Per quanto concerne, infine, l'attività sanzionatoria l'art. 8, 4° comma, del Codice dispone che: *"Il regolamento dell'Autorità disciplina l'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità nel rispetto dei principi della tempestiva comunicazione dell'apertura dell'istruttoria, della contestazione degli addebiti, del termine a difesa, del contraddittorio, della motivazione, proporzionalità e adeguatezza della sanzione, della comunicazione tempestiva con forme idonee ad assicurare la data certa della piena conoscenza del provvedimento, del rispetto degli obblighi di riservatezza previsti dalle norme vigenti"*. Anche rispetto, dunque, all'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità, si riafferma la necessità di intensificare le *guarentigie* del contraddittorio a compensazione dell'accresciuto potere dell'Autorità rispetto ai privati.

In conclusione le nuove funzioni assegnate all'Autorità dal nuovo Codice sono:

---

30 Criticata anche dal Consiglio di Stato che nel parere 335/2006, pur aderendo ad una visione "larga" della delega, ne ha sottolineato l'esorbitanza rispetto alla stessa.

31 Si veda in particolare l'art. 6, comma 7, lett. n del Codice secondo cui l'Autorità: "*su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione; si applica l'articolo 1, comma 67, terzo periodo, della legge 23 dicembre 2005, n. 266*".

32 Che rischierebbe addirittura di essere attivato e ultimato prima di quello stragiudiziale consultivo davanti all'Autorità; in merito si veda l'art. 23 *bis* della Legge n. 1034/1971 come introdotto dalla legge n. 205/2001.

- l'estensione dell'ambito delle proprie funzioni oltre che ai lavori anche ai servizi ed alle forniture, nonché ai contratti esclusi dall'ambito di applicazione del Codice al fine di riscontrarne il rispetto ai principi di cui all'art. 2 del Codice (ossia trasparenza, correttezza delle procedure di scelta del contraente ed in genere il rispetto delle regole della concorrenza);

- la titolarità di una funzione propositiva in favore del Governo in ordine alle modifiche occorrenti alla legislazione vigente in materia (art. 6, 7° co., lett. f);

- la titolarità di un potere di annullamento e/o sospensione delle attestazioni rilasciate dalle SOA in carenza dei presupposti richiesti dalla Legge e di perdurante inerzia delle stesse SOA (art. 6, 7° comma, lett. m). In merito a tale ambito di intervento all'Autorità è demandata anche la funzione di controllo sulle attestazioni rilasciate a partire dall'1.3.2001 ed alle condizioni di cui all'art. 253, comma 21 del Codice secondo il quale: *"In relazione alle attestazioni rilasciate dalle SOA dal 1° marzo 2000 alla data di entrata in vigore del Codice, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di intesa con l'Autorità, emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono stabiliti i criteri, le modalità e le procedure per la verifica dei certificati dei lavori pubblici e delle fatture utilizzati ai fini del rilascio delle attestazioni SOA. La verifica è conclusa entro un anno dall'entrata in vigore del predetto decreto";*

- la titolare di una funzione consultiva relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento della procedura (art. 6, 7° comma, lett. n).

3. 2. L'Osservatorio dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Meno rilevanti le novità per quanto concerne l'Osservatorio, il cui ambito di operatività viene anch'esso esteso a tutti i contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture e disciplinato dall'art. 7 del Codice.

Sotto il profilo organizzativo l'Osservatorio, comunque articolato in una sezione centrale ed in sezioni regionali, opera nell'ambito dell'Autorità ed è dunque oggetto di espressa disciplina che deve essere inserita in capo al regolamento dell'Autorità. La funzione di monitoraggio dei dati estesa anche ai settori dei servizi e delle forniture ha comportato l'esigenza di coordinare l'attività dell'Osservatorio con quelle degli altri enti competenti per tali settori, ossia l'Istat e la Consip. Difatti l'art. 7, 3° comma, del Codice dispone che: "*L'Osservatorio, in collaborazione con il CNIPA, opera mediante procedure informatiche, sulla base di apposite convenzioni, anche attraverso collegamento con gli analoghi sistemi della Ragioneria generale dello Stato, dei Ministeri interessati, dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), delle regioni, dell'Unione province d'Italia (UPI), dell'Associazione nazionale comuni italiani (ANCI), delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e delle casse edili, della CONSIP*".

Invariati gli obblighi di comunicazione[33] e le funzioni poste a capo dell'Osservatorio che, ai sensi dell'art. 7, 4° comma, del Codice, sono individuate nelle seguenti:

a) provvede alla raccolta e alla elaborazione dei dati informativi concernenti i contratti pubblici su tutto il territorio nazionale e, in particolare, di quelli concernenti i bandi e gli avvisi di gara, le aggiudicazioni e gli affidamenti, le imprese partecipanti, l'impiego della mano d'opera e le relative norme di sicurezza, i costi e gli scostamenti rispetto a quelli preventivati, i tempi di esecuzione e le modalità di attuazione degli interventi, i ritardi e le disfunzioni;

b) determina annualmente costi standardizzati per tipo di lavoro in relazione a specifiche aree territoriali, facendone oggetto di una specifica pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale;

c) determina annualmente costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura in relazione a specifiche aree territoriali, facendone oggetto di una specifica pubblicazione, avvalendosi dei dati forniti dall'ISTAT, e tenendo conto dei parametri qualità prezzo

[33] Riportati dall'art. 7, comma 8 del Codice.

di cui alle convenzioni stipulate dalla CONSIP, ai sensi dell'articolo 26, legge 23 dicembre 1999, n. 488;

d) pubblica semestralmente i programmi triennali dei lavori pubblici predisposti dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché l'elenco dei contratti pubblici affidati;

e) promuove la realizzazione di un collegamento informatico con le stazioni appaltanti, nonché con le Regioni, al fine di acquisire informazioni in tempo reale sui contratti pubblici;

f) garantisce l'accesso generalizzato, anche per via informatica, ai dati raccolti e alle relative elaborazioni;

g) adempie agli oneri di pubblicità e di conoscibilità richiesti dall'Autorità;

h) favorisce la formazione di archivi di settore, in particolare in materia contrattuale, e la formulazione di tipologie unitarie da mettere a disposizione dei soggetti interessati;

i) gestisce il proprio sito informatico;

j) cura l'elaborazione dei prospetti statistici di cui all'articolo 250 (contenuto del prospetto statistico per i contratti pubblici di lavori, forniture e servizi di rilevanza comunitaria) e di cui all'articolo 251 (contenuto del prospetto statistico per i contratti pubblici di lavori, forniture e servizi nei settori di gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica).

È, altresì, prevista la realizzazione di un sito informatico sul quale andranno pubblicati bandi ed avvisi[34].

3.3. Lo Sportello dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Sotto il profilo organizzatorio è rilevante, altresì, anche l'art. 9 del Codice che introduce la nuova figura dello *Sportello dei contratti pubblici*

[34] Si veda in particolare l'art. 66, 7° comma, del Codice.

relativi a lavori, servizi e forniture per ottemperare alla richiesta di informazioni prescritte dall'art. 27 della Direttiva 2004/18[35].

La previsione normativa risponde alla medesima *ratio* che ha supportato la costituzione degli sportelli unici in altri ambiti di intervento come quello dell'edilizia, delle espropriazioni e della attività produttive. Il nuovo organismo è espressione dell'esigenza di semplificazione e snellimento procedurale, realizzando un'interfaccia con l'utente privato che si imbatta nelle "sabbie mobili" di un procedimento complesso come quello relativo alla stipulazione di un contratto pubblico. Esso, dunque, non incide in alcun modo sul riparto delle competenze amministrative; lo sportello è sostanzialmente privo di soggettività rappresentando esclusivamente un ufficio operativo, che accorpa in un unico soggetto le diverse e immutate competenze amministrative.

Per i contratti pubblici le sue competenze sono, rispetto agli altri settori, ancora più marginali essendo circoscritte esclusivamente ad adempimenti informativi. In particolare ai sensi dell'art. 9, 1° comma, del Codice lo sportello ha il compito di:

a) fornire ai candidati e agli offerenti, e ai soggetti che intendono presentare una candidatura o un'offerta, informazioni relative alle norme vigenti nel luogo di affidamento e di esecuzione del contratto, inerenti agli obblighi fiscali, alla tutela dell'ambiente, alle disposizioni in materia di sicurezza e condizioni di lavoro, nonché a tutte le altre norme che devono essere rispettate nell'esecuzione del contratto;

b) fornire ai candidati la documentazione utile per la presentazione delle candidature e delle offerte, in conformità alle norme del presente Codice.

---

[35] Dispone al norma europea che: "*1. L'amministrazione aggiudicatrice può precisare o può essere obbligata da uno Stato membro a precisare nel capitolato d'oneri l'organismo o gli organismi dai quali i candidati o gli offerenti possono ottenere le pertinenti informazioni sugli obblighi relativi alla fiscalità, alla tutela dell'ambiente, alle disposizioni in materia di sicurezza e alle condizioni di lavoro che sono in vigore nello Stato membro, nella regione o nella località in cui devono essere fornite le prestazioni e che si applicheranno ai lavori effettuati nel cantiere o ai servizi forniti nel corso dell'esecuzione dell'appalto. 2. L'amministrazione aggiudicatrice che fornisce le informazioni di cui al paragrafo 1 chiede agli offerenti o ai candidati in una procedura di aggiudicazione d'appalti di indicare di aver tenuto conto, in sede di preparazione della propria offerta, degli obblighi in materia di sicurezza e di condizioni di lavoro in vigore nel luogo in cui la prestazione deve essere effettuata. 3. Il primo comma non osta all'applicazione dell'articolo 55 relative alla verifica delle offerte anormalmente basse".*

3. 4. Il Responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori

L'art. 10 del Codice disciplina un'altra figura: il Responsabile delle procedure e di esecuzione dei contratti. Trattasi di figura già oggetto di puntuale regolamentazione generale ai sensi della Legge n. 241/90, nonché speciale per quanto concerne i lavori pubblici ai sensi degli art. 7 della Legge n. 109/1994 nonché degli artt. 7 ed 8 del DPR n. 554/99 solo parzialmente abrogati dall'art. 256 del Codice e, dunque, allo stato, pienamente efficaci con le conseguenze di cui a breve si dirà soprattutto in termini di definizione delle specifiche competenze[36].

Rispetto al regime previgente la disciplina speciale del Responsabile viene estesa anche ai contratti di servizi e delle forniture[37], ma conserva il requisito dell'unicità sì come si evince dal 1° comma, del citato art. 10 secondo cui: *"Per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominano, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241,* ***un responsabile del procedimento, unico*** *per le fasi della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione".*

Tuttavia la disciplina della figura si diversifica a seconda che si tratti di contratti aventi ad oggetto i lavori ovvero servizi di ingegneria ed architettura ovvero altre tipologie di servizi e forniture.

Nel primo caso il Codice conferma le regole del previgente quadro normativo in ordine:

1) **ai requisiti di professionalità**: deve, infatti, trattarsi di un **tecnico** in possesso dei requisiti di professionalità indicati dall'emanando regolamento generale di cui all'art. 5[38]. Tuttavia per definire tali requisiti *medio tempore* occorrerà fare riferimento comunque alle norme di cui all'art. 7 del DPR n. 554/99 fatto salvo (se non per il 6° comma) dall'art. 256 del

---

36 In particolare l'art. 256 abroga esclusivamente il comma 6 dell'art. 7 del DPR n. 554/99 a mente del quale: "*I soggetti non tenuti all'applicazione dell'articolo 7 della Legge devono in ogni caso garantire lo svolgimento dei compiti previsti per il responsabile del procedimento dalle norme della legge e del regolamento che li riguardano".*

37 Precedentemente per tali contratti era prevista la figura del Responsabile in via generale dalla legge n. 241/90, mentre per le acquisizioni sotto soglia di forniture l'art. 6, 12° comma, del DPR n. 537/93 stabiliva che le amministrazioni dello Stato individuassero, sulla base di specifiche competenze ed esperienze professionali, dirigenti responsabili delle acquisizioni di beni e servizi.

38 Art. 10, commi 5 e 6.

Codice. Difatti, se non oggetto di espressa abrogazione da parte dell'articolo 256, le norme del regolamento potranno essere abrogate solamente dal nuovo regolamento, con effetto dall'entrata in vigore di quest'ultimo. A tal fine il Responsabile dovrà essere non solamente un tecnico, ma dovrà, altresì, essere in possesso *"di un titolo di studio adeguato alla natura dell'intervento da realizzare, abilitato all'esercizio della professione o, quando l'abilitazione non sia prevista dalle norme vigenti, è un funzionario con idonea professionalità, e con anzianità di servizio in ruolo non inferiore a cinque anni"*[39]. Non sarà sufficiente dunque, qualsiasi preparazione tecnica, ma una preparazione **adeguata** alle complessità connesse all'intervento da realizzare. Certamente la definizione delle competenze e dei requisiti del responsabile rientrano nell'ambito della competenza concorrente Stato – Regioni, ma non vi è alcun dubbio che il collegamento fra complessità delle competenze ed idoneità del titolo di studio/professionale sia un principio fondamentale ed in quanto tale vincolante per il legislatore regionale;

2) **al rapporto con la pubblica amministrazione:** il responsabile unico dovrà essere un **dipendente di ruolo dell'amministrazione aggiudicatrice**[40]. L'inciso "di ruolo" riferito al dipendente potrebbe palesare un intento restrittivo del legislatore, nel senso di escludere tutti i dipendenti "a contratto";

3) **ai compiti di supporto**: l'art. 10, 7° comma, riprende la norma di cui all'art. 7, 5° comma, della Legge n. 109/1994 precisando che: "n*el caso in cui l'organico delle amministrazioni aggiudicatrici presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del responsabile del procedimento, secondo quanto attestato dal dirigente competente, i compiti di supporto all'attività del responsabile del procedimento possono essere affidati, con le procedure previste dal presente Codice per l'affidamento di incarichi di servizi, ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico finanziario, amministrativo,*

---

[39] Art. 7, 4° comma, del DPR n. 554/99.

[40] Art. 10, 5° comma, del Codice; il riferimento alle amministrazioni aggiudicatrici denota che, per i soggetti aggiudicatori, non dovrà ritenersi vigente tale obbligo.

organizzativo, e legale, che abbiano stipulato adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali;

4) **alla modalità di individuazione dei responsabili per le stazioni appaltanti che non siano amministrazioni aggiudicatrici.** In particolare l'art. 10, 9° comma, dispone che: "*Le stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni e enti pubblici, in conformità ai principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, individuano, secondo i propri ordinamenti, uno o più soggetti cui affidare i compiti propri del responsabile del procedimento, limitatamente al rispetto delle norme del presente Codice alla cui osservanza sono tenuti"*;

5) **alla coincidenza fra RUP, progettista e direttore dei lavori**. L'art. 10, 6° comma precisa che il regolamento: "*....per i lavori determina l'importo massimo e la tipologia, per i quali il responsabile del procedimento può coincidere con il progettista. Le ipotesi di coincidenza tra responsabile del procedimento e direttore dell'esecuzione del contratto sono stabilite dal regolamento, in conformità all'articolo 119".* Anche in questo occorre fare riferimento al vigente regolamento generale del 1999 ed in particolare alla norma di cui al 4° comma, dell'art. 7 secondo cui in genere le funzioni di RUP, progettista e direttore dei lavori potranno coincidere per uno o più interventi e nei limiti delle competenze professionali del dipendente ad eccezione **di interventi di cui all'articolo 2, comma 1, lettere h) ed i)[41], e di interventi di importo superiore a 500.000 Euro**. Occorre, comunque considerare che la definizione di tali soglie non sembrerebbe presentare la natura di principio fondamentale ed in quanto tale – ferma restando l'obbligatoria competenza

---

[41] Si tratta rispettivamente di: " *h) opere e impianti di speciale complessità, o di particolare rilevanza sotto il profilo tecnologico, o complessi o ad elevata componente tecnologica, oppure di particolare complessità, secondo le definizioni rispettivamente contenute nell'articolo 17, commi 4 e 13, nell'articolo 20, comma 4, e nell'articolo 28, comma 7 della Legge: le opere e gli impianti caratterizzati dalla presenza in modo rilevante di almeno due dei seguenti elementi: 1) utilizzo di materiali e componenti innovativi; 2) processi produttivi innovativi o di alta precisione dimensionale e qualitativa; 3) esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistica o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche e ambientali; 4) complessità di funzionamento d'uso o necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità; 5) esecuzione in ambienti aggressivi; 6) necessità di prevedere dotazioni impiantistiche non usuali;*

i) progetto integrale di un intervento: un progetto elaborato in forma completa e dettagliata in tutte le sue parti, architettonica, strutturale e impiantistica".

professionale – potrebbe essere modificata dal legislatore regionale. Comunque sia, in attesa di qualsivoglia intervento in tal senso, anche le Regioni sono vincolate al rispetto di tale previsione normativa.

Per quanto concerne, invece i contratti aventi ad oggetto servizi (diversi da quelli di architettura ed ingegneria), il Responsabile non dovrà essere necessariamente un "tecnico", ma comunque possedere un titolo di studio e competenza adeguata allo svolgimento dei compiti per i quali è stato nominato.

Inalterate, infine, le funzioni del RUP che, ai sensi dell'art. 10, 3° comma del Codice

a) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture, e della predisposizione dell'avviso di preinformazione;

b) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi;

c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure;

d) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi;

e) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari;

f) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza;

g) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni;

h) propone l'indizione, o, ove competente, indice la Conferenza di servizi, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati.

Il regolamento individua gli eventuali altri compiti del responsabile del procedimento, coordinando con essi i compiti del direttore dell'esecuzione del contratto e del direttore dei lavori, nonché dei coordinatori in materia di salute e di sicurezza durante la progettazione e durante l'esecuzione, previsti dal decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e dalle altre norme vigenti. *Medio tempore* trova applicazione, per le prestazioni aventi ad oggetto servizi di ingegneria ed architettura, l'art. 8 del DPR n. 554/99 che individua le ulteriori funzioni del Responsabile.

4. L'ambito soggettivo ed oggettivo

4.1. Le soglie di valore ed i criteri di calcolo

La Parte II è sicuramente quella più corposa del nuovo Codice sotto il profilo sia quantitativo che qualitativo, contemplando le regole in materia di pubblicità, trasparenza ed aggiudicazione dei contratti pubblici non solo d'importo comunitario, ma altresì d'importo inferiore a tale soglia. Anche a tali ultimi contratti si applicano le norme di cui alla citata Parte II, in quanto non derogate dalle norme specificamente dedicate nel Codice a questa tipologia di contratti[42]. In sostanza le norme della citata Parte II rappresentano un *corpus* normativo applicabile a tutti i contratti, qualunque sia la loro soglia di valore.

Il Codice determina le soglie di valore comunitarie in ossequio a quanto previsto dalla Direttiva Ce 2004/18 e dal Regolamento (ce) n. 2083/2005. Da questo punto di vista il Codice modifica le soglie di valore della normativa previgente, abbandonando il riferimento ai *"diritti speciali di prelievo"*.

L'art. 28 del Codice individua tre soglie di valore distinte e tutte al netto dell'IVA:

- *pari o superiore ad € 137.000* per gli appalti pubblici di servizi e/o forniture per le sole Amministrazioni centrali indicate nell'allegato IV[43] fatta eccezione per i servizi di cui alla successiva lett. b.2) del medesimo articolo che sono i servizi di cui alla Categoria 8) dell'allegato IIA (servizi R&S - Ricerca e sviluppo[44]), nonché quelli di cui alla categoria 5) del medesimo allegato[45] (Servizi di telecomunicazione limitatamente alle voci CPV 7524, 7525 e 7526) ed infine i

---

42 Art. 121, 1° comma del Codice. Il Titolo II disciplina espressamente i contratti sotto soglia comunitaria.

43 In sostanza, come precisa il Codice, si tratta delle Autorità governative centrali (ministeri).

44 Già indicati nella Categoria n. 8) dell'allegato 1 al D.Lgs. n. 157/1995 fatta eccezione per i contratti di ricerca e sviluppo diversi da quelli di cui beneficiano esclusivamente amministrazioni per loro uso nell'esercizio della propria attività, nella misura in cui la prestazione di servizi sia interamente retribuita da detta amministrazione.

45 Già categoria 5 dell'allegato 1 al citato D.Lgs. n. 157/1995.

servizi di cui all'allegato IIB. In estrema sintesi sono soggetti a tale soglia tutte le forniture ed i servizi, affidati dalle autorità governative centrali, indicate nell'allegato IIA, fatta eccezione per quelli espressamente esclusi e sopra indicati;

- *pari o superiore a € 211.000* per gli appalti pubblici di servizi affidati da tutte le altre amministrazioni aggiudicatrici che non siano Autorità governative centrali ai sensi dell'Allegato IV al Codice ed indipendentemente dalla categoria ed allegato di riferimento (dunque sia allegato IIA che IIB). La medesima soglia si applicherà agli appalti di servizi (per le forniture resta ferma la soglia dei 137.000 €), aggiudicati dalle Autorità governative centrali, qualora essi siano riconducibili alle categorie di cui all'Allegato IIB ovvero alle categorie nn. 5 ed 8 dell'Allegato IIA;

- *pari o superiore a 5.278.000 €* per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni di lavori pubblici.

Rimangono sostanzialmente immutati anche i criteri per la stima del valore dell'appalto, disciplinati dall'art. 29 del Codice[46] fatte salve le eccezioni che di qui a breve si passeranno in rassegna.

Il criterio generale di calcolo, valido sia per gli appalti che per le concessioni di lavori e servizi pubblici, è quello dell'importo totale, al netto dell'IVA, pagabile dalle stazioni appaltanti ivi compresa qualsiasi forma di opzione e rinnovo[47]. La norma, nel ricalcare la previsione della Direttiva europea, introduce, rispetto alla normativa prodromica[48], la nozione di "*rinnovazione del contratto*" precisando che nell'importo globale andranno comprese oltre alle opzioni anche gli importi connessi ai rinnovi contrattuali.

Come noto, l'art. 23, 1° comma, della Legge 18.04.2005, n. 62 sembrava avere espunto in via definitiva dal nostro ordinamento, la figura della rinnovazione contrattuale sennonché, un recente orientamento della giurisprudenza[49], ritenendo che quest'ultima, diversamente dalla proroga,

---

46 Il quale recepisce l'art. 9 della Direttiva 2004/18/Ce e l'art. 17 della Direttiva 2004/17.

47 Art. 29, 1° comma, del Codice.

48 Art. 4 della D.Lgs. n. 157/1995 ed art. 2 del D.Lgs. n. 358/1992.

49 TAR Lazio - Roma, I - *bis*, 13.02.2006, n. 1064 in www.lexitalia.it; tuttavia *contra* TAR Campania - Napoli, I, 20.12.2005 *ivi* e Cons. St., parere 12.10.2005.

sottintenda una nuova negoziazione con il medesimo soggetto ossia un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale, ha statuito nel senso della sua praticabilità seppur nei limiti di cui all'art. 7, comma 1, lett. f) del D.Lgs. n. 157/1995[50]. In sostanza il riferimento alla rinnovazione dei contratti, contrariamente a quanto avviene per la normativa europea, non trova un proprio supporto giustificativo nella normativa italiana nella quale, anzi, vige un esplicito divieto della sua praticabilità, se non nelle ipotesi espressamente contemplate dalla legge (come appunto nel caso del citato art. 7 del D.Lgs. n. 157/1995).

Per gli appalti di lavori e le concessioni di lavori pubblici il valore del contratto corrisponderà alla stima dei lavori nonché delle forniture e dei servizi necessari all'esecuzione dei lavori messi a disposizione dell'imprenditore da parte delle stazioni appaltanti[51]. Nel caso in cui l'appalto fosse articolato in più lotti, il suo valore scaturirà dalla somma del valore dei singoli lotti e se esso sarà superiore alla soglia comunitaria, l'aggiudicazione di ciascun lotto dovrà essere soggetta alle relative regole del Codice a meno che il valore di ciascun lotto, stimato al netto dell'IVA, sia inferiore ad **80.000 €** per i servizi e/o le forniture e ad **un milione** € per quanto concerne i lavori, purché il valore cumulato di tali lotti non superi il 20% del valore complessivo dell'appalto.

Una novità, rispetto alla normativa previgente, è rinvenibile nel lett. a.3) del comma 12 dell'art. 29 del Codice che, per gli appalti servizi aventi ad oggetto la progettazione individua quali criteri di stima *"gli onorari, le commissioni da pagare e altre forme di remunerazione"*. Anche in questo caso si tratta del mero recepimento di un precetto comunitario[52] che sembrerebbe non rispettare le regole dell'ordinamento interno che prevedono, per la maggior parte delle attività professionali appaltabili, un sistema tariffario con il quale è necessario confrontarsi all'atto della determinazione del valore dell'appalto. In particolare per quanto concerne i servizi di progettazione in materia di lavori pubblici il combinato normativo di cui all'art. 17 della Legge n. 109/1994 ed all'art. 62 del DPR n. 554/99 rinvia espressamente alla quota del corrispettivo complessivo riferita alla progettazione e determinata sulla base delle percentuali ed aliquote di prestazioni parziali previste dalle vigenti tariffe professionali. In sostanza l'inciso *"altre forme di remunerazione"* sembrerebbe consentire

---

50 Trasfuso nell'art. 31 della Direttiva 18/2004.
51 Art. 29, 5° comma, del Codice.
52 Art. 9, comma 8°, lett. a) n. 3 della Direttiva 2004/18/Ce.

alla pubblica amministrazione ampia discrezionalità nella determinazione del valore dell'appalto che necessariamente, ove intesa in termini così ampi, si porrebbe in contrasto con le regole che informano il vigente sistema tariffario[53]; non a caso di tale inciso non vi è alcun riferimento nell'art. 4 del D.Lgs. n. 157/1995.

Tuttavia la prospettiva di tale conflittualità è oggi mutata alla luce delle modifiche introdotte dal D.L. n. 223 del 4/7/2006 recante *"Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale"*[54] convertito con modifiche dalla Legge 4/8/2006 n. 248 il cui art. 2 abroga *l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti*[55]. Fermo restando quanto si avrà modo di precisare *infra* in merito alla questione "tariffe", sul punto specifico del riferimento alle stesse per la determinazione delle soglie di valore dei contratti aventi ad oggetto servizi di progettazione, la *querelle* è stata risolta alla luce delle modiche apportata all'art. 2 dalla legge di conversione che attualmente prevede che: "*Nelle procedure ad evidenza pubblica, le stazioni appaltanti possono utilizzare le tariffe, ove motivatamente ritenute adeguate, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dei compensi per attività professionali"*. Certamente la norma rimette il tutto all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione, ma come si avrà modo di chiarire, il fatto che sia abolita la sola obbligatorietà dei minimi tariffari non sembrerebbe intaccare le tariffe di cui al DM 2001 che, alla luce del ribasso praticabile del 20% di cui alla legge n. 155/89, non possono essere configurate come minimi inderogabili.

Ulteriore novità, collegata alla introduzione dei relativi sistemi di aggiudicazione, è la previsione del comma 13 il quale dispone che *"Per gli*

---

53 È da escludersi, comunque, un tentativo del legislatore delegato di liberalizzare la materia; la vigenza delle tariffe anche nel nuovo Codice dei contratti è emersa in sede di dibattito parlamentare e proprio dalla proposta di parere presentata alla VIII Commissione della Camera da parte del Relatore (On. Stradella - seduta dell'1.3.2006) che, seppur relativamente alla materia del riparto delle competenze Stato - regioni, rilevava *"...l'attuale vigenza di un'unica tariffa nazionale professionale che disciplina lo svolgimento delle predette attività"*. Appare, dunque, ancora più discutibile, alla luce di tale consapevolezza, il tenore letterale di una norma che sembrerebbe consentire di reperire *aliunde* le voci di remuneratività della prestazione professionale.

54 Pubblicato sulla GURI n. 153 del 4/7/2006.

55 Si noti, come si avrà modo di precisare in seguito, che il DL abrogava le disposizioni contenenti minimi tariffari, mentre la Legge di conversione abroga esclusivamente l'obbligatorietà degli stessi.

accordi quadro e per i sistemi dinamici di acquisizione, il valore da prendere in considerazione è il valore massimo stimato al netto dell'IVA del complesso degli appalti previsti durante l'intera durata degli accordi quadro o del sistema dinamico di acquisizione".

4.2. La concessione di servizi pubblici

Rappresenta, invece, sicuramente una novità rispetto alla Direttiva 92/50/CEE ed al relativo decreto di recepimento del 1995, la definizione della nozione di concessione di servizi pubblici intesa nella Direttiva 2004/18 come "*....contratto che presenta le caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo"*[56]. Ferme restando le note caratteristiche di una concessione, la nozione riportata assume rilievo in quanto chiarisce la natura contrattuale della predetto istituto che, peraltro, è espressamente esclusa dall'ambito di operatività della Direttiva[57].

Nel nostro ordinamento giuridico, in realtà, la contrattualizzazione della concessione e l'individuazione degli elementi di differenza fra quest'ultima e l'appalto di servizi è ben più dibattuta. Come rilevato anche dal Consiglio di Stato[58], non è tanto la pur sempre discutibile - riconosciuta natura contrattuale della concessione di servizi pubblici a creare problemi, quanto soprattutto l'acritico recepimento delle due nozioni dettate dalla normativa comunitaria senza considerare la realtà del nostro ordinamento giuridico. Difatti la differenza fra concessione ed appalto di servizi si rinviene principalmente nell'oggetto che: per la concessione è un servizio pubblico e per l'appalto è un servizio *tout court*.

Non è possibile approfondire tale dibattuta distinzione se non per rilevare che secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza la qualificazione di servizio pubblico locale è circoscritta a quelle attività caratterizzate, **sul piano oggettivo**, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all'ambito di intervento, e, **su quello soggettivo**, dalla

---

[56] Art. 1, par. 4.
[57] Art. 17 Direttiva n. 18/2004.
[58] CS Parere 6.2.2006, n. 355 in www.Giustizia-amministrativa.it.

riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico[59]. Dovrà, poi, ritenersi a rilevanza industriale (economica) il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste una redditività (almeno potenziale) e quindi una competizione sul mercato; può invece ritenersi privo di tale rilevanza quello che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione (per il mercato, ovvero sul mercato) e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza.

Tale distinzione è abbastanza netta nel nostro ordinamento, tanto da far ritenere rimessa alla giurisdizione amministrativa la controversia avente ad oggetto l'accertamento della presunta illegittima determinazione del contributo di esercizio in favore di una impresa concessionaria di un pubblico servizio (nel caso di specie trasporti) in quanto essa sarebbe riconducibile all'esercizio di poteri discrezionali che l'amministrazione eserciterebbe a mezzo dell'atto concessorio[60]. Essa, però, si affievolisce lì dove, una volta definita la concessione come contratto, si riscontra che anche l'appalto di servizi può avere ad oggetto, fra i servizi di cui agli allegati IIA e IIB, servizi *lato sensu* pubblici ed in quanto tali rivolti alla collettività e non solo alla pubblica amministrazione[61]. Verrebbero meno, in buona sostanza, gli elementi di differenza fra i due istituti pur essendo pacifica, alla luce di un costante orientamento della giurisprudenza, la natura provvedimentale e non contrattuale dell'atto concessorio e, pertanto la sua capacità di degradare ad interesse legittimo gli interessi dei concorrenti.

Considerata, altresì, la previsione normativa di cui all'art. 33 del D.Lgs. n. 80/1998, sì come interpretata dalla Corte Costituzionale[62], dovrebbe reputarsi che, alla luce della natura contrattuale della concessione, la situazione giuridica soggettiva facente capo al privato dovrebbe avere la natura di diritto soggettivo e, contrariamente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza sopra richiamata, la giurisdizione non potrebbe che spettare al Giudice ordinario. Anzi, verrebbe proprio meno la questione di legittimità decisa dalla Consulta, nel senso che mancando un

---

59 In questi termini T.A.R. Lazio Roma, I bis, 6.11.2002, n. 9725; Tribunale Amministrativo Regionale Liguria sez.II 28.4.2005 n. 527.

60 In questi termini si veda Cons. St., VI, sent. 6.4.2006, n. 1865.

61 In questi termini Cons. St. parere n. 355/2006 *cit.*

62 Corte Costituzionale sent. 6.7.2004, n. 204.

provvedimento amministrativo capace di affievolire la situazione giuridica soggettiva non avrebbe più senso la necessità, sollevata dalla Consulta, di devolvere in capo al Giudice amministrativo le sole controversie relative alle concessioni di pubblici servizi.

Per quanto concerne le analogie con la concessione di lavori pubblici, esse risiedono nella natura contrattuale della concessione, nonché nel corrispettivo della stessa che risiede nei proventi della gestione ovvero in questi ultimi accompagnati da un prezzo. Va considerato che già l'art. 3, 8° comma, della Legge n. 415/98 prevedeva che "*Alle concessioni di servizi pubblici si applicano, ove compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 19, comma 2-bis, della legge n. 109, introdotto dal comma 7 del presente articolo"*. La norma in parola prevedeva la possibilità di ripristinare l'equilibrio economico dell'investimento esperito dal concessionario modulando il termine di durata della concessione e, dunque, di gestione del relativo servizio[63].

Per quanto concerne il "prezzo", il 2° comma, dell'art. 30 del Codice dei contratti ne acconsente la corresponsione da parte della pubblica amministrazione qualora:

1) al concessionario sia imposto di praticare agli utenti *prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa*;

---

[63] In particolare dispone l'art. 19, comma 2-*bis* della Legge n. 109/1994 che: *"L'amministrazione aggiudicatrice, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, può stabilire che la concessione abbia una durata anche superiore a trenta anni, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo di cui al comma 2 sull'importo totale dei lavori, e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni del mercato. I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dall'amministrazione aggiudicatrice a detti presupposti o condizioni di base, nonché norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni, ed in mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dalla concessione. Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino favorevoli al concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a vantaggio del concedente. Nel caso di recesso del concessionario si applicano le disposizioni dell'articolo 37-septies, comma 1, lettere a) e b), e comma 2. Il contratto deve contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e deve prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione"*.

2) ovvero qualora *sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico – finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare*.

Rispetto alla pregressa versione della disciplina normativa, nonché rispetto alla stessa versione comunitaria, il Codice ancòra la concessione del "*prezzo*" a parametri dal discutibile valore oggettivo come, ad esempio, "*l'ordinario utile di impresa*" ovvero la "*qualità del servizio da erogare*". Tale impostazione, contraddice innanzitutto la postulata coerenza con la normativa europea che sembrerebbe relativa alla sola natura contrattuale della concessione, e d'altro canto lascia aperti ampi margini di apprezzamento discrezionale alla pubblica amministrazione nella corresponsione o meno del prezzo. È evidente che, ove se ne faccia un abuso, rischierebbe di snaturarsi la caratteristica fondamentale dell'istituto concessorio che è appunto quello dell'autonomo equilibrio finanziario dell'investimento conseguente ai proventi di gestione del servizio. Le medesime problematiche abbracciano anche l'istituto della concessione di lavori pubblici (artt. 142 ss. del Codice) e saranno, dunque, successivamente approfondite.

Per quanto concerne le procedure di aggiudicazione, conformemente alla normativa comunitaria[64], il 3° comma, dell'art. 30 condiziona la scelta del concessionario all'applicazione dei soli *principi* desumibili dal Trattato, nonché dei *principi generali* relativi ai contratti pubblici, ma non anche alle relative disposizioni. La norma va letta alla luce dei principi statuiti dalla recente giurisprudenza comunitaria che ha riconosciuto le pubbliche amministrazioni soggette ad un obbligo di trasparenza in quanto adempimento strumentale alla realizzazione dei principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato Ce[65]. Da qui la specificazione, operata nel citato

---

[64] Dispone l'art. 17 della Direttiva 2004/18/Ce che *"Fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 3, la presente Direttiva non si applica alle concessioni di servizi definite all'articolo 1, paragrafo 4"*.

[65] In particolare la Corte di Giustizia nella sentenza 6.4.2006 C-410/04 in *Guida al Diritto* 17/2006, 116 ss., ha affermato che: *"Le disposizioni del Trattato specificamente applicabili alle concessioni di servizi pubblici comprendono in particolare gli artt. 43 e 49 Ce (sentenza Parking Brixen cit., 47). Oltre al principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, si applica alle concessioni di servizi pubblici anche il principio della parità di trattamento tra offerenti, e ciò anche in assenza di discriminazione sulla base della nazionalità……I principi di parità di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza che permette all'autorità pubblica concedente di assicurarsi che tali principi siano rispettati.*

art. 32 del Codice, dei principi informatori che devono comunque regolare la procedura di affidamento della concessione di servizi pubblici individuati rispettivamente: nella trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità. L'attuazione di tali principi si estrinseca nell'esperimento di una gara informale alla quale dovranno essere invitati, per concorrere all'aggiudicazione almeno cinque ditte (se sussiste un tale numero di soggetti qualificati).

4.3. Le opere di urbanizzazione a scomputo e dell'in house providing

L'art. 32 del Codice delimita l'ambito soggettivo del Codice per i contratti d'importo pari o superiore alle soglie comunitarie riproducendo con gli adattamenti - come si vedrà, più o meno opportuni - del caso, le norme di cui agli artt. 2 della Legge n. 109/1994, 1 del D.Lgs. n. 358/1992, 2 e 3 del D.Lgs. n. 157/1995.

In particolare, e fatto salvo quanto previsto dal 2° comma dell'art. 32 citato[66], le norme del Codice si applicano a:

- lavori, servizi, forniture, affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici;
- appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, nei limiti stabiliti dall'articolo 142;

L'obbligo di trasparenza posto a carico di dette autorità consiste nel dovere di garantire, ad ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione….In linea di principio, l'assenza totale di procedura concorrenziale per l'affidamento di una concessione di servizi pubblici…….non è conforme alle esigenze di cui agli artt. 43 e 49 CE, e nemmeno ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza".

66 Il 2° comma, del citato art. 32 delimita l'ambito di applicabilità del Codice escludendo l'applicabilità di talune norme per alcune categorie soggettive ed in particolare dispone che: *"Ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f), g) non si applicano gli articoli 63; 78, comma 2; 90, comma 6; 92; 128; in relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo. Ai soggetti di cui al comma 1, lettere c) ed h), non si applicano gli articoli 78, comma 2; 90, comma 6; 92; 128; in relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo".*

- lavori, servizi, forniture affidati dalle società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che *non sono organismi di diritto pubblico* e che hanno ad oggetto la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113 bis, 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

- lavori, affidati da soggetti privati, di cui all'allegato I, nonché lavori di edilizia relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari, edifici destinati a funzioni pubbliche amministrative, di importo superiore a un milione di euro, per la cui realizzazione sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei lavori;

- appalti di servizi, affidati da soggetti privati, relativamente ai servizi il cui valore stimato, al netto dell'IVA, sia pari o superiore a 211.000 euro, allorché tali appalti sono connessi ad un appalto di lavori di cui alla lettera d) di cui sopra, e per i quali sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei servizi;

- lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice;

- lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contribuito previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, decreto del Presidente della

Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 e dell'articolo 28, comma 5 della legge 17 agosto 1942, n. 1150[67];

- lavori, servizi forniture affidati dagli enti aggiudicatori di cui all'articolo 207, qualora, ai sensi dell'articolo 214, devono trovare applicazione le disposizioni della parte II anziché quelle della parte III del Codice.

Due sono le questioni problematiche che offre la norma in esame, e riguardano principalmente la posizione del privato titolare del permesso di costruire di cui alla lett. g) del citato art. 32, nonché quella delle società miste, anche con capitale pubblico minoritario, che non siano identificabili come organismo di diritto pubblico[68].

Per quanto concerne il primo profilo, già la legge n. 109/1994, come modificata dall'art. 7 della Legge n. 166/2002 la quale a sua volta aveva recepito l'orientamento della giurisprudenza comunitaria[69], imponeva l'obbligo della procedura dell'evidenza pubblica per la realizzazione delle

---

67 Dispone, altresì, l'art. 32, 1° comma, lett. g) che "*L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, il titolare del permesso di costruire assuma la veste di promotore, presentando all'amministrazione medesima, entro novanta giorni dal rilascio del permesso di costruire, la progettazione preliminare delle opere. All'esito della gara bandita ed effettuata dal promotore sulla base della progettazione presentata, il promotore può esercitare, purché espressamente previsto nel bando di gara, diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario, entro quindici giorni dalla aggiudicazione, corrispondendo all'aggiudicatario il 3% del valore dell'appalto aggiudicato*".

68 Ai sensi dell'art. 3, comma 26 del Codice dei Contratti per "organismo di diritto pubblico" si intende: *"...qualsiasi organismo, anche in forma societaria: istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; dotato di personalità giuridica; la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico"*.

69 In questi termini si veda Corte Giustizia Comunità Europee, sez. VI, 12-07-2001, causa C-399/98 - Avv. gen. - Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi e altri c. Comune di Milano e altri secondo cui: *"La Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, è di ostacolo ad una normativa nazionale in materia urbanistica che, al di fuori delle procedure previste dalla sopracitata Direttiva, consenta al titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato, la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, nel caso in cui il valore di tale opera eguagli o superi la soglia fissata dalla Direttiva di cui trattasi"*.

opere di urbanizzazione[70] che fossero d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria[71].

Rispetto alla sua precedente versione, la norma perde il riferimento alla locuzione *"singole opere d'importo superiore alla soglia comunitaria"* diretto a delimitare l'operatività del principio dell'evidenza pubblica ai soli casi in cui la **singola** opera di urbanizzazione fosse stata d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria. Come già rilevato[72] ciò non esclude a priori l'operatività della medesima disposizione anche per il nuovo Codice, ferma restando la necessità di valutare ciascun caso concreto alla luce del principio generale che vieta l'artificiosa lottizzazione dell'intervento al solo fin di eludere l'applicazione della normativa dell'evidenza pubblica.

Nel nuovo testo difetta, altresì, il precedente riferimento all'inciso *"di quanto agli interventi assimilabile"* allo scomputo degli oneri di urbanizzazione praticato in forza delle convenzioni accessive ai piani di lottizzazione espressamente richiamati dall'art. 28, 5° comma, della Legge n. 1150/1942[73]. La norma, difatti, perseguiva l'evidente obiettivo di

---

70 Ai sensi dell'art. 4 della Legge n. 847/1964 sono opere di urbanizzazione: "*Le opere di cui all'art. 1, lettera b) sono quelle di urbanizzazione primaria e cioè: a) strade residenziali; b) spazi di sosta o di parcheggio; c) fognature; d) rete idrica; e) rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas; f) pubblica illuminazione; g) spazi di verde attrezzato. Le opere di cui all'art. 1, lettera c), sono le seguenti: a) asili nido e scuole materne; b) scuole dell'obbligo nonché strutture e complessi per l'istruzione superiore all'obbligo; c) mercati di quartiere; d) delegazioni comunali; e) chiese ed altri edifici per servizi religiosi; f) impianti sportivi di quartiere; g) centri sociali e attrezzature culturali e sanitarie; h) aree verdi di quartiere*". La norma è stata confermata dall'art. 16, commi 7° ed 8° del DPR n. 380/2001 per quanto esso , al comma 7 *bis*, integri il novero delle opere di urbanizzazione primaria includendovi: i cavedi multiservizi e i cavidotti per il passaggio di reti di telecomunicazioni, salvo nelle aree individuate dai comuni sulla base dei criteri definiti dalle regioni.

71 Si veda l'art. 2, 5° comma, della Legge n. 109/1994 secondo cui "*Le disposizioni della presente legge non si applicano agli interventi eseguiti direttamente dai privati a scomputo di contributi connessi ad atti abilitanti all'attività edilizia o conseguenti agli obblighi di cui al quinto comma dell'articolo 28 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e successive modificazioni, o di quanto agli interventi assimilabile; per le singole opere d'importo superiore alla soglia comunitaria i soggetti privati sono tenuti ad affidare le stesse nel rispetto delle procedure di gara previste dalla citata Direttiva 93/37/CEE*". Sul tema si veda M. BASSANI *Quando i privati devono bandire gare pubbliche per l'esecuzione di opere di urbanizzazione* in Urb. App. 1/2003, 5; T. CORETTI, *Opere di urbanizzazione a scomputo e gara nella legge 166/2002*, *ivi,* , n. 6/2003, 625 ss.

72 Si veda F. MARZARI *Per le opere di urbanizzazione prelazione ai proprietari privati"*, in Edilizia e Territorio, n. 17/2006, 109 ss.

73 L'art. 28, 5° comma, della Legge n. 1140/1952 dispone che: "*L'autorizzazione comunale è subordinata alla stipula di una convenzione, da trascriversi a cura del proprietario, che preveda: 1) la cessione gratuita entro termini prestabiliti delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione primaria, precisate dall'art. 4 della legge 29 settembre 1964, n. 847, nonché la cessione gratuita delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione secondaria nei limiti di cui al successivo n. 2; 2) l'assunzione, a carico del proprietario, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria relative alla lottizzazione o di quelle opere*

condizionare, al previo esperimento della procedura di evidenza pubblica, la realizzazione a scomputo delle opere di urbanizzazione collegate ad un intervento edilizio ancorché posto in essere con uno strumento diverso dal piano di lottizzazione di cui al citato art. 28, L. n. 1150/1942. In estrema sintesi, al fine di evitare discriminatorie ed irrazionali differenziazioni fra situazioni analoghe, il legislatore riteneva opportuno estendere l'ambito di operatività delle regole dell'evidenza pubblica a tutti quei casi in cui, a prescindere dalla concreta esistenza di un piano di lottizzazione convenzionata, il privato fosse comunque onerato della realizzazione delle opere di urbanizzazione, a scomputo dei relativi oneri, nell'ambito di strumenti ed operazioni integranti un contesto operativo generalmente noto come "*urbanistica consensuale*"[74].

La mancanza di un puntuale riferimento nella nuova disposizione normativa non sembrerebbe poter escludere, per evidenti esigenze di logicità e di ragionevolezza, la possibile estensione della gara ad evidenza pubblica a qualsiasi caso in cui le opere di urbanizzazione vengano realizzate a scomputo dei relativi oneri. in forza degli altri strumenti di urbanistica consensuale. Si tratta, d'altra parte, di un principio di ordine generale espressamente riconosciuto come tale anche dalla Corte Costituzionale che, nella sentenza n. 129 del 28.03.2006, ha statuito la compatibilità fra la regola dell'evidenza pubblica e l'urbanistica consensuale prevedendo che: "*Non entrano in discussione, per i profili di costituzionalità evocati nella presente questione, le modalità della cosiddetta urbanistica consensuale e perequativa, ma soltanto l'obbligo di procedere alle prescritte gare di appalto, poste a base della normativa europea citata, a tutela della trasparenza e della concorrenza, qualora l'importo delle realizzazioni superi un certo limite. Il ricorso a procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente non può peraltro essere ritenuto incompatibile con gli accordi tra privati e pubblica amministrazione, giacché la possibilità che tali procedure siano svolte dagli stessi privati risulta già ammessa nell'ordinamento proprio nella fattispecie oggetto della richiamata pronuncia della Corte di giustizia e disciplinata in modo conforme dal citato art. 2, comma 5, della legge n. 109 del 1994, come sostituito dalla legge n. 166 del 2002*".

---

che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi; la quota è determinata in proporzione all'entità e alle caratteristiche degli insediamenti delle lottizzazioni; 3) i termini non superiori ai dieci anni entro i quali deve essere ultimata l'esecuzione delle opere di cui al precedente paragrafo; 4) congrue garanzie finanziarie per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla convenzione".

74 Per tutti si veda P. URBANI *Urbanistica consensuale*, 2003

Per quanto concerne le opere d'importo inferiore alla soglia comunitaria l'ambito oggettivo della disposizione normativa è limitato dall'art. 122, 8° comma del Codice, il quale configura una dicotomia fra le opere di urbanizzazione primaria correlate e quelle non correlate all'intervento edilizio posto in essere. L'art. 122, 8° comma prevede, difatti che "*Le disposizioni di cui all'articolo 32, comma 1, lettera g) non si applicano alle opere di urbanizzazione primaria di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b) e all'articolo 4, comma 1, della legge 29 settembre 1964, n. 847, correlate al singolo intervento edilizio assentito, per le quali continua ad applicarsi l'articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e successive modificazioni".*

La norma in parola è ispirata dalla preoccupazione, paventata dal legislatore in sede di disamina del testo[75], che l'indifferenziata estensione della procedura di evidenza pubblica per la realizzazione delle opere di urbanizzazione d'importo inferiore alla soglia comunitaria potesse appesantire eccessivamente l'azione dell'amministrazione, tanto più a fronte di una situazione nella quale la diretta realizzazione delle opere, da parte del costruttore del manufatto, troverebbe una giustificazione sotto il profilo sia tecnico che funzionale. Ritenuta insufficiente, in quanto palesemente di difficile attuazione, la semplificazione introdotta con la previsione della facoltà di ricorrere alla procedura del *project finance* (su cui *vedi infra*) il legislatore auspicava che, quanto meno *"si possano realizzare le opere di urbanizzazione primaria ……correlate al singolo intervento edilizio assentito, escludendo semmai le opere di urbanizzazione secondaria……"*[76].

La norma in esame è, dunque, la chiara espressione di quanto sia stato difficile il "distacco" dal sistema della realizzazione a scomputo delle opere ed il passaggio a quello dell'evidenza pubblica e, nel contempo, della *voluntas legislatoris* di mitigare gli effetti di tale trapasso.

La situazione di fatto potrebbe presentare (come, in effetti, presenta) connotati, a volte, anche notevolmente diversi sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo (le capacità dell'impresa) tali che l'applicazione "indiscriminata" delle regole sottese all'art. 32 è apparsa al legislatore, sproporzionata al punto da prevedere, con l'art. 122, 8° comma, la limitazione di cui sopra.

---

75 Si veda il parere espresso dalla VIII Commissione della Camera nella seduta dell'1.3.2006.

76 Parere espresso dalla VIII Commissione della Camera nella seduta dell'1.3.2006 lett. h).

La norma concerne esclusivamente le opere di urbanizzazione primaria, "correlate" al singolo intervento edilizio dove la correlazione dovrà essere intesa come connessione funzionale al completamento dell'intervento edilizio principale; presupposto, relativamente al quale, si lascia comunque trasparire un margine di discrezionalità tecnica nell'apprezzamento dell'amministrazione procedente[77].

Restano fuori dell'ambito di operatività della norma, in quanto ivi non espressamente richiamate, le opere di urbanizzazione secondaria soggette, pertanto, anche per importi sotto soglia, alle ordinarie regole dell'evidenza pubblica e le opere di urbanizzazione primaria che non siano strettamente collegate allo specifico intervento edilizio.

In conclusione il sistema delineato dal Codice per la realizzazione delle opere di urbanizzazione, presenta le seguenti varianti:

1) qualora esse siano d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria è richiesta l'aggiudicazione mediante procedura di evidenza pubblica;

2) qualora esse siano d'importo inferiore alla soglia comunitaria e qualora si tratti di opere di urbanizzazione primaria correlate al singolo intervento edilizio assentito, la realizzazione potrà essere affidata direttamente a scomputo degli oneri ai sensi e per gli effetti dell'art. 16 del Tu n. 380/2001;

3) qualora d'importo inferiore alla soglia comunitaria e si tratti di opere di urbanizzazione primaria non correlate ad un singolo intervento edilizio ovvero di opere di urbanizzazione secondaria troveranno applicazione le ordinarie regole di aggiudicazione previste dall'art. 32, lett. g) del Codice.

---

[77] Sulla natura della discrezionalità tecnica *ex multis* si veda TAR EMILIA ROMAGNA - BOLOGNA, SEZ. II - sentenza 19 aprile 2006 n. 465 in www.lexitalia.it secondo cui: "*Diversamente dalla discrezionalità amministrativa, la discrezionalità tecnica non coinvolge scelte di opportunità amministrativa bensì una valutazione antecedente ad essa che riguarda l'analisi dei fatti e la valutazione degli stessi, ancorché opinabili in base ai criteri scientifici e tecnici utilizzabili, alle conoscenze ed agli strumenti a disposizione. In pratica, la discrezionalità tecnica concerne soltanto gli aspetti di valutazione fattuale, sia pur suscettibili di diversi apprezzamenti, mentre vi difetta totalmente la fase della scelta dell'interesse da perseguire sulla base di canoni di mera opportunità politico-amministrativa*".

Nell'ambito del medesimo tema della realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'art. 32 introduce una novità di assoluto rilievo che risiede nella facoltà, concessa al privato, di realizzare le relative opere di urbanizzazione mediante l'istituto del *project financing*[78]. Si è già detto sopra come il legislatore abbia palesato seri dubbi circa l'effettiva funzionalità dell'istituto del *project* applicato alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, considerandone le difficoltà connesse all'implementazione ed allo sviluppo procedimentale, nonché i suoi notevoli costi (in particolare si pensi al pagamento della cauzione). La *ratio* sottesa alla previsione in parola va presumibilmente individuata nella necessità di ricercare un *iter* capace di "ammorbidire" la rigidità del precetto comunitario di imporre, quale che sia la tipologia di opere da realizzare, la procedura di evidenza pubblica; tutto ciò in particolare per le opere di urbanizzazione strettamente correlate all'intervento edilizio principale.

Si è già detto dell'art. 122, 8° comma, del Codice che riguarda esclusivamente le opere di urbanizzazione primaria d'importo inferiore alla soglia europea e quelle funzionali ad un intervento edilizio; il project previsto dall'art. 32, lett. g) per gli interventi sopra soglia sembrerebbe rispondere alla medesima *ratio* giustificatrice: delineare un *iter* procedurale che sia capace di attenuare il distacco dal previgente sistema della realizzazione a scomputo delle opere di urbanizzazione.

Occorre però chiedersi se sia giustificato il ricorso al *project* nel caso in esame. Prescindendo dalla contestata prelazione, dalla lettura della norma traspare un primo profilo assolutamente diacronico rispetto ai presupposti fondanti dell'istituto del *project,* in quanto le opere di urbanizzazione, alle quali si riferisce l'art. 32, lett. g) del Codice, non sono necessariamente opere gestibili economicamente. È noto che l'oggetto del project sia "modulabile", ma un suo indefettibile presupposto è che l'intervento ruoti comunque su di un'opera suscettiva di essere gestita

---

78 In particolare dispone l'art. 32, 2° comma, lett. g) che "*L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, il titolare del permesso di costruire assuma la veste di promotore, presentando all'amministrazione medesima, entro novanta giorni dal rilascio del permesso di costruire, la progettazione preliminare delle opere. All'esito della gara bandita ed effettuata dal promotore sulla base della progettazione presentata, il promotore può esercitare, purché espressamente previsto nel bando di gara, diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario, entro quindici giorni dalla aggiudicazione, corrispondendo all'aggiudicatario il 3% del valore dell'appalto aggiudicato*".

economicamente. Ebbene non tutte le opere di urbanizzazione, primaria[79] e secondaria[80], presentano tale caratteristica, talché il sistema non sarebbe suscettivo di applicazione generalizzata.

D'altra parte difetta anche il presupposto giustificativo che generalmente supporta un'operazione in *project*, ossia il manifestarsi di una libera iniziativa privata. La norma di cui all'art. 32 pone, difatti, una limitazione di ordine oggettivo e soggettivo; riguardo al primo aspetto in quanto limita il project alla realizzazione delle sole opere di urbanizzazione[81], mentre per quanto concerne il secondo aspetto in quanto legittima il solo titolare del permesso di costruire ad assumere – previa scelta discrezionale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice - la posizione di promotore escludendo, di fatto, la libera percorribilità di tale via da parte di terzi soggetti[82].

Tali limiti sembrerebbero effettivamente ridurre, ancora più della prelazione, la libera concorrenza fra gli imprenditori imponendo prescrizioni oggettive e condizioni soggettive non giustificabili se non con il requisito della specialità dell'istituto che, però, non è sicuramente conclamabile per il solo fatto che esso sia diretto alla realizzazione delle opere di urbanizzazione da parte del titolare del permesso di costruire.

Del tutto peculiare è anche la procedura che prende le mosse dal deposito dei progetti preliminari relativi alle opere da realizzare, da parte del titolare del permesso di costruire che assumerà, come detto, la veste di promotore. Tali progetti dovranno essere depositati entro novanta giorni dal rilascio del titolo e posti a base della gara, che dovrà essere bandita ed effettuata dal medesimo titolare il quale, ove previsto dal bando, potrà usufruire del diritto di prelazione.

Riguardo all'esercizio del diritto di prelazione va rilevata la natura meramente pleonastica dell'obbligo della sua previsione nel bando; difatti

---

79 Le quali, si ricorda, ai sensi dell'art. 4 della Legge 847/1964 sono: a) strade residenziali; b) spazi di sosta o di parcheggio; c) fognature; d) rete idrica; e) rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas; f) pubblica illuminazione; g) spazi di verde attrezzato.

80 Le quali ai sensi dell'art. 4 della Legge 847/1964 sono: a) asili nido e scuole materne; b) scuole dell'obbligo nonché strutture e complessi per l'istruzione superiore all'obbligo; c) mercati di quartiere; d) delegazioni comunali; e) chiese ed altri edifici per servizi religiosi; f) impianti sportivi di quartiere; g) centri sociali e attrezzature culturali e sanitarie; h) aree verdi di quartiere.

81 La norma dispone, difatti, che il titolare del permesso di costruire assume la veste di promotore "*in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione*".

82 La norma dispone che *"il titolare del permesso di costruire assuma la veste di promotore"*.

rilevato che è comunque il titolare del permesso di costruire/promotore a bandire la gara (e dunque a predisporre il bando di gara) appare francamente difficile ipotizzare che sia proprio questi – evidentemente avvantaggiato dal diritto di prelazione - ad ometterne la previsione nel bando di gara.

Altro profilo problematico concerne le società miste che l'art. 32 comma 1, lett. c) del Codice dapprima individua fra soggetti chiamati ad applicare le norme delle procedure di evidenza pubblica, ma che, poi, successivamente, esonera da tale obbligo in presenza delle condizioni di cui al successivo 3° comma. In particolare tale ultimo articolo dispone che: "*Le società di cui al comma 1, lettera c) non sono tenute ad applicare le disposizioni del presente Codice limitatamente alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite, se ricorrono le seguenti condizioni:*

1) *la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;*

2) *il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal presente Codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;*

3) *la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo".*

La scelta operata, a prescindere dalla sua validità giuridica, palesa una contraddittorietà intrinseca con la determinazione del legislatore di estromettere esplicitamente dal Codice la disciplina dell'*in house providing e construction*[83]. Con la norma in esame, il Codice non solo provvede a disciplinare la questione dell'affidamento *in house,* ma aderisce, altresì, ad una tesi non pienamente condivisibile alla luce del recente orientamento della giurisprudenza comunitaria.

Difatti la Corte di Giustizia Ce ha costantemente eroso l'ambito di operatività dell'affidamento *in house*[84] escludendo il "*controllo analogo*" a

---

83 Si veda l'art. 15 nella prima versione del Codice che esplicitamente disciplinava l'affidamento degli appalti *in house*.

84 All'affidamento *in house* l'ordinamento comunitario fa riferimento per la prima volta nel libro bianco del 1998 come modalità di affidamento contrapposta al cd. *contracting out*; sul punto si veda D. SPINELLI *Il Codice ignora l'in house ma una disciplina è necessaria*, In Edilizia e territorio - Speciale Codice appalto, 53 ss. La Corte di Giustizia ha fatto proprio tale modalità di esecuzione

quello sui propri organi, che l'ente dovrebbe esercitare sulla società, anche nel caso in cui il capitale sociale sia integralmente pubblico[85]. Così facendo il Giudice comunitario impone una disamina della condizione per l'affidamento diretto che non sia circoscritta alla dimostrazione non formale, ma sostanziale, del tipo di controllo esercitato dall'ente sull'organismo societario.

In particolare secondo la Sentenza della Corte di giustizia del 2006 C-410/04, per la sussistenza di un controllo analogo, è necessaria non solo la partecipazione pubblica esclusiva al capitale sociale e l'espletamento della maggior parte della propria attività con l'Ente, ma anche che tali condizioni siano **permanentemente detenute** dalla società. Con questo orientamento la Corte intende sanzionare le manovre finalizzate ad aggirare le regole dell'evidenza pubblica, facilmente attuabili qualora, pur costituita la società con capitale integralmente pubblico, parte di questo sia ceduto a privati successivamente all'affidamento dell'incarico.

Si discosta, anche se solo parzialmente, da tale impostazione la giurisprudenza amministrativa[86] che, con un approccio più concreto rispetto a quello della Corte di giustizia, non esclude aprioristicamente che vi possa essere una partecipazione minima del privato al capitale sociale, incentrando la propria attenzione piuttosto sul riscontro nel caso concreto di forme di controllo da parte dell'ente sulla società, tali da garantire comunque la diretta incidenza e vincolatività delle decisioni pubbliche su quelle dell'organismo privato; controllo esclusivamente analogo, ma non identico a quello che l'ente potrebbe esercitare sui propri organismi[87]. Nella

---

degli appalti dapprima con la nota sentenza *Tekal* del 18.11.1999 causa C-197/98 successivamente interpretata in senso restrittivo con la sentenza 11.01.2005 Causa C – 26-03 *Stand Hall* e successivamente dalla sentenza 13.10.2005 Causa C- 458/03 *Parking Brixen*. Si colloca su di un livello parzialmente diverso (soprattutto rispetto alla sentenza sul caso *Parking Brixen*), ma comunque aderendo ad un'impostazione restrittiva della nozione di "controllo analogo" la sentenza del 6.4.2006 Causa C-410/04 *Anav* in Guida al Diritto n. 17 del 29.4.2006 con nota di A. CORRADO.

85 In questo senso la sentenza sul caso *Prking Brixen.*

86 Di recente si veda Cons. St., V, 22.12.2005, n. 7345, ma nello stesso senso anche *id,* 9 maggio 2001 n. 2605 e 16 dicembre 2004 n. 8090; TAR Lombardia – Brescia, sent. 5.12.2005, n. 1250.

87 In particolare il Consiglio di Stato precisa che: "*Osserva inoltre il Collegio che la sentenza della Corte di giustizia 27 febbraio 2003 n, in causa C-373 citata sopra, non autorizzi a ritenere che il possesso della totalità o della maggioranza delle azioni della società affidataria da parte dell'ente o degli enti pubblici consorziati non permetta l'esercizio di una funzione di direzione e di controllo della gestione, che, se pure non identico nelle modalità, sia sostanzialmente equivalente a quello svolto sulle unità operative direttamente dipendenti. L'ente pubblico, o gli enti pubblici, proprietari dell'intero pacchetto delle azioni, sia mediante la nomina degli organi, sia mediante l'approvazione di opportune deliberazioni, sono in condizioni di imporre, o meglio, di svolgere, ogni tipo di verifica*

sentenza sembrerebbe profilarsi una certa contraddittorietà nella parte in cui si manifesta l'orientamento, adesivo alla tesi comunitaria, della integrale partecipazione azionaria, nonché, quando si statuisce che tale integrale partecipazione ricorrerebbe anche nel caso in cui la partecipazione azionaria privata sia inferiore all'1% del capitale[88]; tutto ciò, però, non intacca il pur condivisibile principio che, a prescindere dall'entità della partecipazione azionaria, sia indispensabile verificare entro quali limiti e con quali poteri l'ente sia in grado di controllare la società.

Sulla scorta di tale sintetico resoconto dei diversi orientamenti che attraversano la materia dell'affidamento *in house*, la norma del Codice appare di dubbia legittimità. Innanzitutto essa non determina il *quantum* della partecipazione azionaria del privato, limitandosi a statuire che la società dovrà avere una partecipazione pubblica al capitale, ma prevedendo addirittura che esso possa essere anche *non maggioritario*. Fermo restando che una partecipazione azionaria del privato di per sé non può escludere l'esistenza di una condizione di "controllo analogo" sulla società da parte dell'amministrazione pubblica, va da sé che qualora il privato sia socio di maggioranza, la presunzione che la società sia del tutto autonoma e che, dunque, sia da escludersi a priori un controllo analogo da parte dell'ente locale, assumerebbe i connotati di una presunzione – a voler utilizzare una terminologia processuale civilistica - *iuris et de iure*[89].

Né, poi, gli altri requisiti previsti rispettivamente dall'art. 32, 3° comma, nn. 1), 2) e 3) del Codice sono in grado di raccordare la previsione normativa alle condizioni fissate dalla Corte di Giustizia per l'affidamento *in house*. La scelta mediante gara del socio, la sua qualificazione all'espletamento dei lavori ovvero il fatto che la società realizzi il 70% dei lavori, non sono condizioni in grado di garantire il controllo analogo dell'ente sulla società non solamente nel senso di cui al restrittivo orientamento della Corte di Giustizia, ma anche come inquadrato dalla giurisprudenza amministrativa italiana.

---

e di rendiconto, in modo che sia operante la sostanziale identificazione riscontrabile tra il soggetto societario agente con la mano pubblica che le affida il servizio".

88 Come nel caso esaminato dal Giudice amministrativo, nel quale il privato deteneva meno dell'1% del capitale sociale; in proposito dispone il Collegio che: "*E tale presupposto nella specie va riconosciuto sussistente posto che il capitale della aggiudicataria è pubblico in percentuale superiore al 99%, mentre la quota in possesso della Cassa di Risparmio di San Miniato, di entità simbolica, non realizzerebbe comunque un illecito vantaggio ad una società concorrente operante nel settore energetico".*

89 Ossia che non ammette prova contraria; in sostanza: una certezza.

4.4. Il divieto della concessione di committenza

Il capo I reca, altresì, l'art. 33 relativo agli appalti pubblici ed agli accordi quadro stipulati da centrali di committenza[90]. Più che per tali istituti – sui quali comunque successivamente si avrà modo di intervenire – la norma rileva in quanto conferma il divieto della "*concessione di committenza*" già statuito, per la sola materia dei lavori pubblici, dall'art. 19, 3 comma della Legge n. 109/1994[91].

Per quanto, dunque, il Codice tenda ad uniformare la normativa nazionale a quella europea, in esso viene ribadito il divieto per la pubblica amministrazione di affidare all'esterno le funzioni di stazione appaltante, configurando quell'istituto che viene tipicamente definito come "*concessione di committenza"*.

Per quanto la questione possa essere solo marginalmente trattata in questa sede, il divieto in parola avrebbe meritato, forse, una più attenta ponderazione alla luce soprattutto del costante affermarsi di schemi e modelli procedimentali, soprattutto collegati al territorio, ispirati ad una logica consensuale e del raccordo istituzionale, che si è soliti riassumere con la definizione di *governance urbanistica*. In particolare tale modello di azione impone, generalmente, organi di raccordo capaci di sintetizzare l'azione delle singole e diverse amministrazioni; alla luce della previsione normativa in parola, però, essi non potranno essere delegatari di funzioni di stazione appaltante. Considerando che gran parte delle risorse economico – finanziarie, europee e nazionali, si indirizza proprio verso la realizzazione

---

90 Dispone l'art. 33 del Codice: (Appalti pubblici e accordi quadro stipulati da centrali di committenza) (art. 11, Direttiva 2004/18; art. 29, Direttiva 2004/17; art. 19. co. 3, l. n. 109/1994) "*1. Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori possono acquisire lavori, servizi e forniture facendo ricorso a centrali di committenza, anche associandosi o consorziandosi.*
2. Le centrali di committenza sono tenute all'osservanza del presente Codice.
3. Le amministrazioni aggiudicatrici e i soggetti di cui all'articolo 32, lettere b), c), f), non possono affidare a soggetti pubblici o privati l'espletamento delle funzioni e delle attività di stazione appaltante di lavori pubblici. Tuttavia le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare le funzioni di stazione appaltante di lavori pubblici ai servizi integrati infrastrutture e trasporti (SIIT) o alle amministrazioni provinciali, sulla base di apposito disciplinare che prevede altresì il rimborso dei costi sostenuti dagli stessi per le attività espletate, nonché a centrali di committenza".

91 Ai sensi dell'art. 19, 3° comma della Legge n. 109/1994 "*Le amministrazioni aggiudicatrici ed i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, lettera b) non possono affidare a soggetti pubblici o di diritto privato l'espletamento delle funzioni e delle attività di stazione appaltante di lavori pubblici. Sulla base di apposito disciplinare le amministrazioni aggiudicatrici possono tuttavia affidare le funzioni di stazione appaltante ai Provveditorati alle opere pubbliche o alle amministrazioni provinciali"*.

delle infrastrutture materiali, il divieto in parola potrebbe rappresentare un serio ostacolo all'efficienza dell'azione amministrativa.

Il divieto della concessione di committenza non è però assoluto; difatti le amministrazioni aggiudicatrici[92], così come nel previgente quadro normativo, potranno affidare le funzioni di stazione appaltante dei lavori pubblici rispettivamente ai Servizi integrati infrastrutture e trasporti (S.i.i.t.)[93] ovvero alle amministrazioni provinciali sulla base di un apposito disciplinare che preveda altresì il rimborso dei costi sostenuti dagli stessi per le attività espletate, nonché a centrali di committenza.

---

92 Ma non anche i soggetti di cui all'art. 32, lett. *b* (ossia i concessionari privati), *c* (ossia le società miste) ed *f* (concessionari di servizi) per i quali, dunque, permarrebbe l'assolutezza del divieto.

93 I quali hanno sostituito i provveditorati delle oo.pp. quali organismi periferici del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

5. I requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento

5.1. I soggetti ammessi

L'art. 34 individua, senza particolari novità e/o modifiche rispetto al quadro normativo previgente[94], la lista dei soggetti ammessi a partecipare alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, essi sono:

a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative;

b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;

c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del Codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36;

d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere *a*, *b* e *c*, i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37;

e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del Codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere *a*, *b* e *c* del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del Codice civile; si applicano al riguardo alle disposizioni dell'articolo 37;

---

[94] Art. 10 della Legge n. 109/1994 per i lavori pubblici; art. 2 del D.Lgs. n. 157/1995 per quanto concerne i servizi pubblici ed infine l'art. 1 del D.Lgs. n. 358/1992 per quanto concerne le forniture.

f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37.

Di particolare interesse è invece il 2° comma, dell'articolo in esame che interviene a colmare una lacuna del sistema previgente disponendo l'esclusione dalla gara delle imprese che versino in una situazione di "*collegamento sostanziale*" oltre che – ma questa non è una novità – di controllo ai sensi dell'art. 2359 del Codice civile[95].

In verità la questione del collegamento fra le imprese e della sua idoneità ad alterare l'equilibrio della competizione, è stata oggetto di particolare attenzione da parte della giurisprudenza che, tuttavia, non ha mai raggiunto accordo su una tesi univoca. In particolare secondo un orientamento l'esclusione delle imprese dalla gara sarebbe stata possibile solamente in presenza delle condizioni di **controllo di cui all'art. 2359 del Codice civile** in quanto, trattandosi di una regola limitativa della concorrenza, essa dovrebbe essere di stretta interpretazione e dunque insuscettiva di analogica estensione a prescindere da quanto previsto dal bando di gara che, peraltro, se deponesse in senso contrario dovrebbe essere annullato sul punto[96].

Secondo una tesi diametralmente opposta, invece, l'interesse alla libera concorrenza va ponderato, ed è destinato a soccombere, rispetto all'interesse alla correttezza e regolarità della procedura che sarebbe irrimediabilmente minato qualora fossero consentiti "*patti*" miranti a

---

95 L'art. 34, 2° comma, del Codice prevede che: *"Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del Codice civile. Le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi"*. A sua volta l'art. 2359 c.c., così come sostituito dall'art. 1, comma c. 1, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, che ha sostituito l'intero Capo V, a decorrere dal 1° gennaio 2004, dispone che: *"[1] Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. [2] Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. [3] Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati"*.

96 Per questa tesi restrittiva si veda TAR Lazio, III, sent. 5.10.2005 n. 7833; *id.* 25.10.2005 n. 4170 entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

realizzare collegamenti sostanziali fra le imprese partecipanti. Secondo tale impostazione, dunque, qualora si riscontrino casi di collegamento sostanziale desumibili da circostanze di fatto univoche, precise e concordanti le imprese coinvolte dovranno essere escluse a prescindere da qualsivoglia forma di previsione nel bando di gara[97].

Una terza tesi, che si colloca in posizione mediana fra la prima e la seconda, pur riconoscendo titolo all'esclusione per i casi collegamento sostanziale, impone una previa indicazione in tal senso nel bando di gara. In questo caso spetterà all'amministrazione procedente valutare se vi sia o meno un collegamento capace di alterare la concorrenza fra le imprese[98].

Il 2° comma, dell'art. 34 interviene, come detto, sulla materia accogliendo favorevolmente la tesi del collegamento sostanziale; difatti la norma in questione precisa che: "*Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del Codice civile. Le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi*".

È evidente che la disposizione concede alle amministrazioni aggiudicatrici un ampio margine di discrezionalità di contenuto amministrativo e non tecnico che potrebbe dare adito ad eventuali abusi e, altresì, incentivare il contenzioso. Sarebbe stato preferibile – sempre che in tal senso non specifichi meglio il regolamento – imporre all'amministrazione l'obbligo di indicare preventivamente le cause ovvero quanto meno i criteri sulla scorta dei quali procedere alla individuazione del collegamento sostanziale, senza limitarsi a riferirsi genericamente alla rilevazione di *"univoci elementi"*. Tale adempimento avrebbe, difatti, meglio risposto alle esigenze di trasparenza ed imparzialità della pubblica amministrazione mettendo, peraltro, i concorrenti nella condizione di impugnare direttamente il bando nei casi in cui avessero ritenuto tali criteri illegittimi.

---

97 In questo senso Cons. St., 13.06.2005, n. 3089; Cons. St. n. 5196/2004 in www.giustizia-amministrativa.it.

98 In questo senso, TAR Campania – Salerno, I, 5.4.2006 n. 377 *id.* 18.4.2006 n. 512 entrambe in www.appaltiecontratti.it; TAR Lazio, III, 4.5.2005 n. 3315 in www. Giustizia-amministrativa.it; Autorità di vigilanza ll.pp. Atto di regolazione n. 27/2000 in www.autoritàvigilanzall.pp..it.

5.2. I requisiti di ordine generale

Il Codice non apporta modifiche al sistema previgente[99], confermato dalla Direttiva 2004/18/Ce, che distingue fra requisiti di ordine generale, ed i requisiti di qualificazione, i primi indispensabili per la partecipazione alla gara i secondi, invece, anche per la presentazione dell'offerta. I predetti requisiti presentano ambiti di operatività solo in parte sovrapponibili. La regola è comune agli appalti di lavori, servizi e forniture.

I requisiti di ordine generale, improntati al principio della tipicità e tassatività[100], sono indicati dall'art. 38 del Codice che esclude dalla partecipazione alla gara i soggetti che:

a) si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni[101];

b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo; i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società;

c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del Codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna,

---

99 Art. 75, DPR n. 554/99 ed art. 17 del DPR n. 34/2004 per i lavori pubblici; l'art. 12 del D.Lgs. n. 157/1995 per i servizi e l'art. 11 D.Lgs. n. 358/1\992 per le forniture. La norma comunitaria di riferimento è l'art. 45 della Direttiva 18/2004/Ce.

100 Per tutti F. CARINGELLA *La nuova disciplina sui lavori pubblici*, Milano, 2000, 379.

101 Non vi è alcun riferimento alla procedura dell'amministrazione controllata in quanto soppressa dall'art. 147, 2° comma, del D.Lgs. 9.1.2006, n. 5.

con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, Direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del Codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del Codice di procedura penale;

d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55;

e) che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio;

f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante;

g) che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti;

h) che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio;

i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti;

l) che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2[102];

m) nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera *c*, del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione[103].

Fra le poche novità presentate dal nuovo testo rispetto a quello pregresso di cui all'art. 75 DPR n. 554/99, rileva quanto riportato nella lett. *c* relativamente alla condanna per fattispecie delittuose quali la partecipazione (ed a maggior ragione l'associazione) ad un'organizzazione criminale nonché la corruzione, frode, e riciclaggio. La novità è il frutto del recepimento del par. 1 dell'art. 45 della Direttiva 18/2004/Ce secondo la quale: *"È escluso dalla partecipazione ad un appalto pubblico il candidato o l'offerente condannato, con sentenza definitiva di cui l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza; per una o più delle ragioni elencate qui di seguito:*

a) partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2, paragrafo 1, dell'azione comune 98/773/GAI del Consiglio;

b) corruzione, quale definita rispettivamente all'articolo 3 dell'atto del Consiglio del 26 maggio 1997 ed all'articolo 3, paragrafo 1, dell'azione comune 98/742/GAI del Consiglio;

c) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee;

d) riciclaggio dei proventi di attività illecite, quale definito all'articolo 1 della Direttiva 91/308/CEE del Consiglio del 10 giugno 1991 relativa alla

---

[102] Si tratta del requisito indicati dall'art. 17, comma 1, lett. d) del DPR n. 34/2000.

[103] Si tratta in particolare del *"…divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio".*

prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite"[104].

Altra novità della previsione, rispetto al regime normativo previgente, riguarda la lett. *f* di cui all'art. 38 in esame, nella parte in cui chiede la motivata valutazione della pubblica amministrazione circa la grave negligenza e/o la malafede dell'appaltatore nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto. Ad integrare la fattispecie di esclusione prevista dalla norma non è sufficiente, semplicemente, una negligenza grave ovvero, addirittura, una condotta dolosa, ma è necessario, altresì, che l'errore dell'appaltatore sia reputato come tale sulla base di un apprezzamento discrezionale da parte della pubblica amministrazione.

La norma sottolinea anche l'esigenza che la valutazione dell'amministrazione in ordine alla sussistenza della predetta condizione sia motivata; resta incerto su quale significato si debba attribuire a tale "*motivata valutazione*". Difatti non si comprende se essa vada riferita alla oggettiva considerazione del comportamento dell'appaltatore come gravemente negligente ovvero doloso, oppure, debba spingersi fino al punto di considerare quale incidenza abbia avuto tale condotta sul buon esito del precedente rapporto contrattuale. In sintesi viene da domandarsi se, per escludere un appaltatore, sia sufficiente che lo stesso abbia tenuto una condotta gravemente colposa in un precedente rapporto con la medesima amministrazione ovvero sarà necessario anche valutare l'influenza che l'acclarata violazione sia stata in grado di ripercuotersi sul rapporto negoziale; dato che non è dato riscontrare una causalità necessaria fra comportamento gravemente colposo ed inesatta esecuzione della

---

[104] Precisa altresì la norma in questione che: *"Gli Stati membri precisano, in conformità del rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo. Essi possono prevedere una deroga all'obbligo di cui al primo comma per esigenze imperative di interesse generale. Ai fini dell'applicazione del presente paragrafo, le amministrazioni aggiudicatrici chiedono, se del caso, ai candidati o agli offerenti di fornire i documenti di cui al paragrafo 3 e, qualora abbiano dubbi sulla situazione personale di tali candidati/offerenti, possono rivolgersi alle autorità competenti per ottenere le informazioni relative alla situazione personale dei candidati o offerenti che reputino necessarie. Se le informazioni riguardano un candidato o un offerente stabilito in uno Stato membro diverso da quello dell'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima può richiedere la cooperazione delle autorità competenti. In funzione del diritto nazionale dello Stato membro in cui sono stabiliti i candidati o gli offerenti, le richieste riguarderanno le persone giuridiche e/o le persone fisiche, compresi, se del caso, i dirigenti delle imprese o qualsiasi persona che eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato o dell'offerente".*

prestazione, Né, tanto meno, il grado di gravità della colpa è direttamente proporzionale alla gravità del difetto dell'opera[105].

Riguardo alla natura della causa di esclusione in esame la giurisprudenza amministrativa aveva già avuto modo di rilevare che la *ratio* ad essa sottesa risiede nell'esigenza di evitare l'instaurazione di un nuovo rapporto negoziale in quei casi in cui il rapporto fiduciario fra la pubblica amministrazione e l'appaltatore sia già venuto meno precedentemente[106] a causa del comportamento dell'appaltatore; essa, dunque, non riveste carattere punitivo. Consegue a quanto affermato che per la sussistenza della causa di esclusione in oggetto non sarà necessario l'accertamento giudiziario della colposa o dolosa condotta dell'appaltatore. Ciò si evince indirettamente anche dalla circostanza che la norma di cui all'art. 75 del DPR n. 554/99, ma anche l'art. 38 del Codice, indica espressamente i casi in cui l'esclusione debba dipendere da un fatto accertato con sentenza passata in giudicato da parte dell'Autorità giudiziaria.

Traendo spunto dalle considerazioni testé riportate è possibile orientare l'interpretazione della fattispecie in esame chiarendo meglio quale dovrà essere l'oggetto del motivato accertamento da parte della pubblica amministrazione. Questa dovrà prestare attenzione non solamente

---

105 In quest'ultimo senso non appare condivisibile quanto affermato dall'Autorità di vigilanza sui ll.pp. nella determinazione del 5.12.2001 n. 16/23 *"per la configurazione dell'ipotesi in esame non basta, in particolare, che i lavori non siano stati eseguiti a regola d'arte ovvero in maniera non rispondente alle esigenze del committente, occorrendo invece una mancata esecuzione che renda l'opera appaltata concretamente inutilizzabile……In definitiva, occorre che vi sia stato inadempimento dell'imprenditore che abbia portato alla dichiarazione di non collaudabilità dei lavori, ovvero alla risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 119 del Decreto del Presidente della Repubblica n. 554/1999 ovvero ad una gravemente errata esecuzione del contratto giudiziariamente accertata anche se non abbia fatto seguito la pronunzia di risoluzione"*. Come detto sopra non vi è un rapporto direttamente proporzionale fra gravità della negligenza ed utilizzabilità dell'intervento realizzato nel senso che, salvo prova contraria, pur a fronte di tale comportamento l'opera potrebbe comunque mostrarsi funzionale alle esigenze dell'amministrazione e dunque collaudabile. Ciò a maggior ragione quando si afferma che la grave negligenza dovrà incidere sul rapporto fiduciario fra committente ed appaltatore e non sulla collaudabilità dell'intervento. In buona sostanza si ritiene che la pubblica amministrazione debba valutare il comportamento oggettivamente tenuto dal committente e riscontrare se lo stesso presenti le caratteristiche di cui alla norma, a prescindere dalle conseguenze sulla funzionalità dell'opera.

106 In particolare si veda Cons. St., IV, 31.03.2005 n. 1435 in *La Legge*, Milano, secondo cui: "*La causa di esclusione di cui all'art. 75 D.P.R. n.554/1999, non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del comportamento di grave negligenza tenuto dalla società nel corso del pregresso rapporto contrattuale, trattandosi di disposizione non avente carattere sanzionatorio bensì posta a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico"*. Negli stessi termini Cons. St.,VI, 8 marzo 2004 n. 1071; Cons. Stato, IV, 30.5.2001 n. 2955 in www. Giustizia-amministrativa.it.

alla condotta oggettivamente colposa o dolosa posta in essere dal committente nei precedenti rapporti intrattenuti, ma sarà tenuta a verificare che tale *modus operandi* abbia inciso sul rapporto fiduciario in modo tale da giustificarne l'esclusione anche per le successive gare bandite[107].

La causa di esclusione di cui alla lett. *f* dell'art. 38 del Codice, peraltro, per la parte esaminata, non deriva direttamente dalla normativa europea, che dal suo canto si riferisce esclusivamente ad errori gravi commessi dall'appaltatore nell'esercizio della propria prestazione professionale. Tale inciso è ripreso dal Codice nella seconda parte della lett. *f* ove si precisa che è, altresì, causa di esclusione del concorrente *"che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante"*.

L'ambito oggettivo di tale ultimo inciso è, chiaramente, più esteso di quanto non lo sia il primo, in quanto non si limita alla sola esecuzione delle prestazioni affidate, ma al diverso e più ampio esercizio delle attività professionali da parte del concorrente medesimo dovunque e comunque commesso[108].

L'ultima novità è, poi, rappresentata dalla fattispecie di cui alla lett. *m* dell'art. 38 che, a sua volta rinvia al D.Lgs. 08-06-2001, n. 231 recante la *"Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300"*, il cui art. 9, 2° comma, prevede alla lett. *c* fra le sanzioni interdittive proprio il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione. Trattasi, ovviamente, di causa di esclusione che non è prevista dall'ordinamento europeo essendo riconducibile alla particolare disciplina definita dal nostro ordinamento per le persone giuridiche.

Diventa necessario porre in evidenza che, mentre per il Codice dei contratti l'integrazione di una delle fattispecie di cui all'art. 38 comporta automaticamente l'esclusione del concorrente, il diritto europeo si mostra più permissivo. Difatti l'art. 45 della Direttiva 2004/18/Ce prevede

---

[107] È pacifico, in giurisprudenza, che l'errore e/o la malafede debbano concernere la medesima amministrazione che bandisce la gara; *ex multis* Cons. St., V, 22.08.2003, n. 4750.

[108] Questo secondo inciso è piuttosto riconducibile ai requisiti generali di cui all'art. 17 del DPR n. 34/2000, ed in particolare a quello di cui alla lett. l), l'accertamento del quale è indispensabile per l'ottenimento del certificato SOA.

l'automatica esclusione per le sole cause indicate dal par. 1, mentre per le restanti rimette alla pubblica amministrazione la facoltà, ma non anche l'obbligo, di escluderle. In questo senso depone inequivocabilmente il tenore letterale delle norma che, se per le cause di cui al par. 1 reca l'inciso *"è escluso"*, nel par. 2 si limita ad asserire che *"può essere escluso"*. Si tratta, peraltro, di una novità introdotta dalla Direttiva 2004/18/Ce in quanto la previgente normativa prevedeva la mera facoltatività delle cause di esclusione.

Ne consegue che l'art. 38 del Codice con si conforma pienamente alla normativa comunitaria; si tratta di un profilo problematico tanto più per una disciplina che, come quella in esame, si prefigge lo scopo di preparare il quadro normativo per la piena applicazione della normativa europea e che, proprio in tale obiettivo, trova il proprio presupposto legittimante nel ragionamento del Consiglio di Stato[109]. Peraltro, come più volte affermato nel dibattito parlamentare[110], il Codice sembrerebbe impostato nel senso di rimettere alla valutazione delle amministrazioni le scelte indicate come facoltative dalla normativa europea e quella di cui all'art. 45, par. 2 è chiaramente una scelta facoltativa. D'altra parte la derogabilità delle previsioni normative europee è tendenzialmente ammissibile in senso più restrittivo, ma solamente qualora essenziale per la tutela dell'interesse al quale è funzionale la normativa stessa che, nel caso specifico, è la concorrenza. Da questo punto di vista l'ampliamento delle cause di esclusione obbligatorie sembrerebbe operare in senso contrario.

Il Codice, per quanto concerne la prova dell'assenza delle cause di esclusione di cui sopra ivi comprese quelle di cui alla lett. *c*, individua, al pari del regime previgente, lo strumento della dichiarazione sostitutiva di cui agli artt. 45 e 46 del DPR n. 445/2000[111]. In sede di partecipazione,

---

[109] Cons. St. parere 355/2006 *cit.*

[110] Si veda parere dell'VIII Comm. citato.

[111] Art. 38, 2° comma, del Codice secondo cui: "*Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione"*. In particolare l'art. 46 del regolamento prevede che: "*Sono comprovati con dichiarazioni, anche contestuali all'istanza, sottoscritte dall'interessato e prodotte in sostituzione delle normali certificazioni i seguenti stati, qualità personali e fatti: a) data e il luogo di nascita; b) residenza; c) cittadinanza; d) godimento dei diritti civili e politici; e) stato di celibe, coniugato, vedovo o stato libero; f) stato di famiglia; g) esistenza in vita; h) nascita del figlio, decesso del coniuge, dell'ascendente o discendente; i) iscrizione in albi, registri o elenchi tenuti da pubbliche amministrazioni; l) appartenenza a ordini professionali; m) titolo di studio, esami sostenuti; n) qualifica professionale posseduta, titolo di specializzazione, di abilitazione, di formazione, di aggiornamento e di qualificazione tecnica; o) situazione reddituale o economica*

pertanto, i concorrenti saranno tenuti ad attestare sotto la propria penale responsabilità, di non versare in alcune delle ipotesi definite dall'art. 38 del Codice fermo, ovviamente, restando il potere dell'Amministrazione di procedere alla relativa verifica ai sensi dell'art. 43 del DPR n. 445/2000[112].

---

anche ai fini della concessione dei benefici di qualsiasi tipo previsti da leggi speciali; p) assolvimento di specifici obblighi contributivi con l'indicazione dell'ammontare corrisposto; q) possesso e numero del Codice fiscale, della partita IVA e di qualsiasi dato presente nell'archivio dell'anagrafe tributaria; r) stato di disoccupazione; s) qualità di pensionato e categoria di pensione; t) qualità di studente; u) qualità di legale rappresentante di persone fisiche o giuridiche, di tutore, di curatore e simili; v) iscrizione presso associazioni o formazioni sociali di qualsiasi tipo; z) tutte le situazioni relative all'adempimento degli obblighi militari, ivi comprese quelle attestate nel foglio matricolare dello stato di servizio; ***aa) di non aver riportato condanne penali e di non essere destinatario di provvedimenti che riguardano l'applicazione di misure di sicurezza e di misure di prevenzione, di decisioni civili e di provvedimenti amministrativi iscritti nel casellario giudiziale ai sensi della vigente normativa;*** *bb) di non essere a conoscenza di essere sottoposto a procedimenti penali; bb-bis) di non essere l'ente destinatario di provvedimenti giudiziari che applicano le sanzioni amministrative di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231; cc) qualità di vivenza a carico; dd) tutti i dati a diretta conoscenza dell'interessato contenuti nei registri dello stato civile; ee) di non trovarsi in stato di liquidazione o di fallimento e di non aver presentato domanda di concordato".* In particolare la lett. aa) è stata introdotta dall'art. 49, comma c. 1, lett. a), D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, a decorrere dal quarantacinquesimo giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella G.U.; mentre la lett. bb – *bis*) è stata inserita dall'art. 49, comma c. 1, lett. b), D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, a decorrere dal quarantacinquesimo giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella G.U. Ai sensi dell'art. 47 del regolamento è disciplinata la dichiarazione sostitutiva di notorietà in forza della quale: *"L'atto di notorietà concernente stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato è sostituito da dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo con la osservanza delle modalità di cui all'articolo 38. 2. La dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza. Fatte salve le eccezioni espressamente previste per legge, nei rapporti con la pubblica amministrazione e con i concessionari di pubblici servizi, tutti gli stati, le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nell'articolo 46 sono comprovati dall'interessato mediante la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà. 4. Salvo il caso in cui la legge preveda espressamente che la denuncia all'Autorità di Polizia Giudiziaria è presupposto necessario per attivare il procedimento amministrativo di rilascio del duplicato di documenti di riconoscimento o comunque attestanti stati e qualità personali dell'interessato, lo smarrimento dei documenti medesimi è comprovato da chi ne richiede il duplicato mediante dichiarazione sostitutiva".*

[112] Ai sensi dell'art. 43 del DPR n. 445/2000: *"Le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi non possono richiedere atti o certificati concernenti stati, qualità personali e fatti che risultino elencati all'art. 46, che siano attestati in documenti già in loro possesso o che comunque esse stesse siano tenute a certificare. In luogo di tali atti o certificati i soggetti indicati nel presente comma sono tenuti ad acquisire d'ufficio le relative informazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, dell'amministrazione competente e degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti, ovvero ad accettare la dichiarazione sostitutiva prodotta dall'interessato. (R) 2. Fermo restando il divieto di accesso a dati diversi da quelli di cui è necessario acquisire la certezza o verificare l'esattezza, si considera operata per finalità di rilevante interesse pubblico, ai fini di quanto previsto dal decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 135, la consultazione diretta, da parte di una pubblica amministrazione o di un gestore di pubblico servizio, degli archivi dell'amministrazione certificante, finalizzata all'accertamento d'ufficio di stati, qualità e fatti ovvero al controllo sulle dichiarazioni sostitutive presentate dai cittadini. Per l'accesso diretto ai propri archivi l'amministrazione certificante rilascia all'amministrazione procedente apposita autorizzazione in cui vengono indicati i limiti e le condizioni di accesso volti ad assicurare la riservatezza dei dati personali ai sensi della normativa vigente. (L) 3. Quando l'amministrazione*

Ai sensi dell'art. 38, 3° comma, l'Amministrazione sarà tenuta a verificare le dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2, limitatamente alle condanne penali, richiedendo al casellario giudiziario il rilascio del relativo certificato. Ai concorrenti che non siano stabiliti in Italia la stazione appaltante potrà, invece e se del caso, richiedere direttamente la documentazione. All'affidatario è, comunque sia, richiesta la presentazione della certificazione di regolarità contributiva generale[113], nonché della certificazione di regolarità contributiva relativa alla sicurezza nei cantieri[114].

5.3. I requisiti di idoneità professionale

L'art. 39 del Codice disciplina le particolari ipotesi nelle quali l'esercizio di una determinata attività è condizionato al possesso di un'abilitazione ovvero alla iscrizione in appositi registri[115]. In particolare la

---

procedente opera l'acquisizione d'ufficio ai sensi del precedente comma, può procedere anche per fax e via telematica. (R) 4. Al fine di agevolare l'acquisizione d'ufficio di informazioni e dati relativi a stati, qualità personali e fatti, contenuti in albi, elenchi o pubblici registri, le amministrazioni certificanti sono tenute a consentire alle amministrazioni procedenti, senza oneri, la consultazione per via telematica dei loro archivi informatici, nel rispetto della riservatezza dei dati personali. (R) 5. In tutti i casi in cui l'amministrazione procedente acquisisce direttamente informazioni relative a stati, qualità personali e fatti presso l'amministrazione competente per la loro certificazione, il rilascio e l'acquisizione del certificato non sono necessari e le suddette informazioni sono acquisite, senza oneri, con qualunque mezzo idoneo ad assicurare la certezza della loro fonte di provenienza. (R) 6. I documenti trasmessi da chiunque ad una pubblica amministrazione tramite fax, o con altro mezzo telematico o informatico idoneo ad accertarne la fonte di provenienza, soddisfano il requisito della forma scritta e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale".

[113] Ai sensi dell'art. 2, del D.L. 25.09.2002, n. 210 convertito dalla Legge 22.11.2002, n. 166 secondo cui: "*Le imprese che risultano affidatarie di un appalto pubblico sono tenute a presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva a pena di revoca dell'affidamento. 1–bis. La certificazione di cui al comma 1 deve essere presentata anche dalle imprese che gestiscono servizi e attività in convenzione o concessione con l'ente pubblico, pena la decadenza della convenzione o la revoca della concessione stessa".*

[114] Dispone l'art. 3, 8° comma, lett. b-*bis*) del D.Lgs. n. 494 del 1996, come introdotta dall'art. 86, comma c. 10, lett. b), D.Lgs. D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che *"Il committente o il responsabile dei lavori, anche nel caso di affidamento dei lavori ad un'unica impresa:.....b-bis) chiede un certificato di regolarità contributiva. Tale certificato può essere rilasciato, oltre che dall'INPS e dall'INAIL, per quanto di rispettiva competenza, anche dalle casse edili le quali stipulano una apposita convenzione con i predetti istituti al fine del rilascio di un documento unico di regolarità contributiva;....".*

[115] La norma riprende quanto già previsto dall'art. 46 della Direttiva Ce 18/2004, dall'art. 15, d.lgs. n. 157/1995, dall'art. 12, d.lgs. n. 358/1992 e dall'art. 8, comma 11 *bis* della Legge n. 109/1994.

norma distingue fra tale caso generale e quello speciale relativo alle sole procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi[116].

Per quanto concerne il primo profilo, la norma è ispirata al principio del *mutuo riconoscimento*[117] e rimette alla discrezionalità della pubblica amministrazione se richiedere o meno ai concorrenti italiani o stranieri residenti in Italia[118], l'iscrizione al registro della Camera di commercio, industria artigianato e agricoltura ovvero nel registro delle Commissioni provinciali per l'agricoltura ovvero, ancora, presso i competenti ordini professionali. La dimostrazione del possesso di tali requisiti potrà avvenire mediante dichiarazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, 3° comma del Codice. Nel caso in cui, però, il concorrente sia residente in altro Stato e dunque presti solo occasionalmente la propria attività in Italia[119], la pubblica amministrazione potrà ugualmente condizionarne la partecipazione alla iscrizione in appositi albi o registri, ma secondo le modalità del paese d'origine. D'altra parte, sulla scorta del principio di mutuo riconoscimento, al soggetto chiamato a prestare la propria attività in uno Stato diverso da quello d'origine non potranno essere imposti requisiti ultronei rispetto a quelli imposti dal predetto Paese d'origine[120].

La medesima regola si applica, poi, alla fattispecie speciale di cui al 4° comma dell'art. 39 riservata agli appalti di servizi. Difatti in quest'ultimo caso, qualora il prestatore di servizi sia obbligato all'iscrizione in elenchi, registri o albi per l'esercizio dell'attività professionale nel proprio paese

---

116 Per una prima analisi della normativa comunitaria sul punto si veda M. R. SPASIANO – M. CALABRO' *L'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale* in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, 2005, Milano, 607 ss.

117 Si veda il considerando 42 della Direttiva 2004/18/Ce secondo cui *"Le norme comunitarie in materia di reciproco riconoscimento di diplomi, certificati e altri documenti atti a comprovare una qualifica formale sono applicabili quando si esiga la prova del possesso di una particolare qualifica per partecipare a una procedura d'appalto o a un concorso di progettazione"*.

118 Si fa chiaramente riferimento alla libertà di stabilimento.

119 Libera prestazione dei servizi.

120 L'art. 39, 2° comma, del D.Lgs. n. 163/2006 indica – al pari dell'art. 46 della Direttiva 18/2004 - i diversi elenchi per ciascuno Stato membro; dispone in particolare la norma citata che: "*Se si tratta di un cittadino di altro Stato membro non residente in Italia, può essergli richiesto di provare la sua 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 è stabilito"*.

d'origine, la stazione appaltante di uno Stato diverso potrà (e non dovrà) chiedere il possesso esclusivamente di tale iscrizione[121].

Per quanto concerne gli appalti di servizi e forniture d'importo inferiore alla soglia comunitaria il Codice[122] rinvia ad uno specifico regolamento l'individuazione dei requisiti di qualificazione a carattere sia generale che tecnico finanziario (sui quali si veda il paragrafo successivo); *medio tempore*, in attesa del predetto regolamento e considerando il silenzio sul punto dell'art. 253 del Codice afferente la disciplina transitoria, la qualificazione dei concorrenti dovrà essere determinata direttamente dalla pubblica amministrazione nei vigenti atti di gara eventualmente facendo riferimento ai criteri ed ai parametri statuiti dal vigente quadro normativo di riferimento, ossia dal DPR n. 573/1994 e dal D.Lgs. n. 157 del 1995.

5.4. I requisiti di qualificazione

La qualificazione dei concorrenti, ossia la valutazione del possesso da parte delle imprese dei requisiti di natura tecnica ed economica per l'idonea esecuzione della prestazione da appaltare, è regolamentata dagli artt. 40 – 43 del Codice che distinguono fra lavori pubblici da un lato (art. 40), e servizi e forniture pubbliche dall'altro (artt. 41-42).

Per i lavori pubblici l'art. 40 del Codice lascia sostanzialmente invariata la disciplina di cui al pregresso combinato normativo *ex* art. 8 della Legge n. 109/1994, come modificato dalla legge n. 415/98 e DPR n. 34/2000[123] che hanno introdotto, per i lavori d'importo superiore ai 150.000 €, il sistema della certificazione unica.

L'art. 40, 1° comma del Codice dei contratti dispone che: "*I soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati e*

---

[121] Dispone l'art. 39, 4° comma, del D.Lgs. n. 163/2004 che: "*Nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, se i candidati o gli offerenti devono essere in possesso di una particolare autorizzazione ovvero appartenere a una particolare organizzazione per poter prestare nel proprio paese d'origine il servizio in questione, la stazione appaltante può chiedere loro di provare il possesso di tale autorizzazione ovvero l'appartenenza all'organizzazione di cui trattasi*".

[122] Art. 124, 7° comma del D.Lgs. n. 163/2006.

[123] Sulle innovazioni di cui al DPR n. 34/2000 si veda fra i tanti: R. DAMONTE *La qualificazione,* in *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, a cura di F. CARINGELLA E G. DE MARZO, Milano 2003, 425 ss., R. TITOMANLIO *La qualificazione* in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A CLARIZIA – A CARULLO, Padova, 2004, 433 ss.

improntare la loro attività ai principi della qualità, della 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".

La concreta disciplina della certificazione è, anche nel Codice, rimessa al regolamento generale di cui all'art. 5, nel rispetto di principi generali sostanzialmente analoghi a quelli di cui al previgente sistema normativo. In particolare la certificazione unica potrà essere rilasciata da *organismi di attestazione privati*, all'uopo esplicitamente autorizzati dall'Autorità previo parere (obbligatorio ma non vincolante) di una specifica Commissione.

La struttura della certificazione unica è complessa e prevede l'attestazione del possesso:

- della certificazione di un sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000;
- dei requisiti di ordine generale nonché tecnico – organizzativi ed economico – finanziari conformi alle disposizioni normative in materia di qualificazione[124].

A quest'ultimo proposito va rilevato un errore nella stesura della norma di cui al comma 4, lett. *c* dell'art. 40 in esame che, nell'individuare l'oggetto del regolamento di qualificazione, prevede che esso dovrà altresì indicare le modalità di attestazione dei requisiti di cui al comma 3, lett. *c* della norma. Orbene il 3° comma, dell'art. 40 non enuncia alcuna lett. *c*, ma solamente le lettere *a* e *b*. L'errore deriva probabilmente dalla trasposizione del precedente art. 8 della Legge n. 109/1994 ove i requisiti di cui alla lettera c erano, appunto, quelli di ordine generale e tecnico economici.

Nel nuovo sistema viene meno il livello di certificazione intermedio del sistema di qualità aziendale che il previgente sistema individuava nella "*dichiarazione di elementi significativi e tra loro correlati del sistema di*

[124] Art. 40, 3° comma, lett. a) e b) del Codice 163/2006.

qualità aziendale". L'esclusione appare logica alla luce del fatto che la dichiarazione trovava la sua esclusiva giustificazione nel contesto di un regime transitorio ormai stabilizzatosi.

Può ritenersi superato anche il problema della compatibilità del sistema di certificazione in questione con il sistema di qualificazione europeo considerato quanto disposto dall'art. 49 della Direttiva 2004/18/Ce secondo cui: *"Qualora richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità, le amministrazioni aggiudicatrici fanno riferimento ai sistemi di assicurazione della qualità basati sulle serie di norme europee in materia e certificati da organismi conformi alle serie delle norme europee relative alla certificazione. Le amministrazioni aggiudicatrici riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici"*[125]. La disposizione è riportata nell'art. 43 del Codice degli appalti.

Alla luce di siffatta disposizione normativa sembra limitativo il fatto che il legislatore del Codice, pur operando spesso in senso innovativo, abbia lasciato inalterata la distinzione fra i sistemi di qualificazione dei lavori, da un lato, e dei servizi e delle forniture dall'altro. Tanto più in considerazione del fatto che la previsione in esame è contenuta in una Direttiva volta ad unificare la disciplina in materia di appalti pubblici e che, peraltro, già la Direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi (art. 33)[126] prevedeva la possibilità del rilascio, da parte di organismi accertatori indipendenti, di una certificazione mirante a garantire la rispondenza del prestatore di servizi alle norme in materia di garanzia della qualità. Pur tuttavia è bene precisare che la norma comunitaria fa riferimento alla certificazione di qualità e non anche all'attestazione del possesso di tale certificazione e/o degli altri requisiti individuati dalla legge.

---

[125] Sull'art. 49 della Direttiva 18 M. R. SPASIANO- M. CALABRO' *Norme di garanzia della qualità* in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a cura di R. GAROFOLI – M.A. SANDULLI, Milano, 2004, 653 ss.

[126] Art. 39 del D.Lgs. n. 157/1995.

Tuttavia il Codice conserva anche i "difetti" del sistema di qualificazione mediante certificazione, configurando la natura giuridica privata degli organismi di attestazione (oggi SOA). Al fine di risolvere il problema dell'inaffidabilità degli attestati sarebbe stato opportuno assegnare alla relativa attività un rango pubblicistico, assoggettandola al controllo dell'Autorità.

Resta da evidenziare il principio del riconoscimento di certificati ovvero altre misure equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri ovvero direttamente dagli operatori economici; trova, dunque, indirettamente conferma con tale disposizione anche il principio secondo cui l'operatore economico straniero non dovrà necessariamente ottenere il rilascio della certificazione di qualità per la partecipazione alla gara di appalto vigendo quest'ultima esclusivamente per gli operatori italiani[127].

Per quanto riguarda, invece, gli appalti di servizi e forniture, il Codice prevede un sistema di qualificazione "classico", svincolato da forme di attestazione, ed ancorato al possesso dei requisiti di carattere economico e tecnico.

Per quanto concerne i primi, l'art. 41 del Codice[128] dispone che: "*negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:*

a) idonee dichiarazioni bancarie;

b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa;

c) dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi".

In sede di presentazione della domanda i requisiti di qualificazione, espressamente indicati dal bando di gara, dovranno essere esclusivamente **dichiarati** ai sensi del DPR n. 445/2000, mentre il solo aggiudicatario sarà obbligato a provarli.

---

[127] In questi termini TAR Friuli Venezia Giulia, 21.12.2002, n. 1086 in www. Giustizia–amministrativa.it

[128] Che riproduce l'art. 47 della Direttiva 18/2004/Ce.

Rispetto alla norma comunitaria (come detto, l'art. 47) quella del Codice appare maggiormente restrittiva in quanto sembrerebbe imporre che la qualificazione della capacità economico-finanziaria dell'imprenditore possa avvenire necessariamente mediante la tipologia di prove indicate dalla norma, mentre la prima introduce un margine di elasticità statuendo che *"in linea di massima"* la qualificazione potrà essere provata mediante i requisiti indicati. In realtà anche la norma interna introduce un margine di elasticità statuendo, al 2° comma, che *"Le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri* ***eventuali*** *che ritengono di richiedere"*.

In sintesi la norma prevede una prova obbligatoria ancorata alle tipologie indicate dall'art. 41 del Codice ed una eventuale integrazione svincolata dalla predefinizione di modelli.

La qualificazione dei concorrenti sotto il profilo tecnico – professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi è, invece, regolamentato dal successivo art. 42 del Codice[129] secondo cui: negli appalti di servizi e forniture 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) presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi; se trattasi di servizi e forniture prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, esse sono provate da certificati rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi; se trattasi di servizi e forniture prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente;

b) indicazione dei tecnici e degli organi tecnici, facenti direttamente capo, o meno, al concorrente e, in particolare, di quelli incaricati dei controlli di qualità;

c) descrizione delle attrezzature tecniche tale da consentire una loro precisa individuazione e rintracciabilità, delle misure adottate dal

[129] Il quale ripropone l'art. 48 della Direttiva 18.

fornitore o dal prestatore del servizio per garantire la qualità, nonché degli strumenti di studio o di ricerca di cui dispone;

d) controllo, effettuato dalla stazione appaltante o, nel caso di concorrente non stabilito in Italia, per incarico della stazione appaltante, da un organismo ufficiale competente del Paese in cui è stabilito il concorrente, purché tale organismo acconsenta, allorché i prodotti da fornire o il servizio da prestare siano complessi o debbano rispondere, eccezionalmente, a uno scopo determinato; il controllo verte sulla capacità di produzione e, se necessario, di studio e di ricerca del concorrente e sulle misure utilizzate da quest'ultimo per il controllo della qualità;

e) indicazione dei titoli di studio e professionali dei prestatori di servizi o dei dirigenti dell'impresa concorrente e, in particolare, dei soggetti concretamente responsabili della prestazione di servizi;

f) indicazione, per gli appalti di servizi e unicamente nei casi appropriati, stabiliti dal regolamento, delle misure di gestione ambientale che l'operatore potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto;

g) per gli appalti di servizi, indicazione del numero medio annuo di dipendenti del concorrente e il numero di dirigenti impiegati negli ultimi tre anni;

h) per gli appalti di servizi, dichiarazione indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto;

i) indicazione della quota di appalto che il concorrente intenda, eventualmente, subappaltare;

l) nel caso di forniture, produzione di campioni, descrizioni o fotografie dei beni da fornire, la cui autenticità sia certificata a richiesta della stazione appaltante;

m) nel caso di forniture, produzione di certificato rilasciato dagli istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità dei beni con riferimento a determinati requisiti o norme.

Rispetto a quanto detto in merito all'art. 41, in questo caso i mezzi di prova sono tassativi e l'amministrazione procedente sarà obbligata a scegliere esclusivamente fra quelli indicati. Resta ferma la necessità della sola dichiarazione di possesso per i concorrenti e della prova del possesso per l'aggiudicatario.

Il principio in virtù del quale che il possesso dei requisiti di qualificazione debba essere dichiarato dai concorrenti e provato dall'aggiudicatario, per quanto improntato ad esigenze di semplificazione e snellimento del procedimento di aggiudicazione, non si estende fino al punto da esonerare l'amministrazione da qualsivoglia accertamento sul punto sì come desumibile dalla lettura degli artt. 46 – 48 del D.lgs. n. 163/2006.

L'art. 46 del Codice prevede che: *"Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati"*. Esso trae spunto dal principio di chiara matrice comunitaria della massima partecipazione alla procedure di aggiudicazione quale garanzia di apertura alla concorrenza del mercato; nell'ottica di una ponderazione *ex ante* fra tale valore e quello della correttezza formale della documentazione si è ritenuto prevalente quello sostanziale lì dove il concorrente, all'uopo opportunamente convocato, sani il vizio riscontrato.

La giurisprudenza amministrativa di primo grado ha ritenuto che l'art. 16 del D.Lgs. n. 157/1995, non ha inteso assegnare alle amministrazioni pubbliche una mera facoltà o un potere eventuale, ma ha piuttosto inteso codificare un ordinario modo di procedere, volto a far valere, entro certi limiti, e nel rispetto della *par condicio* dei concorrenti, la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa alla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica; tale principio è sostanzialmente condivisibile, ma va rilevato da una parte che la norma è inapplicabile al momento di valutazione delle offerte (essendo dettata in tema di verifica dei requisiti di partecipazione e quindi per garantire il *favor partecipationis*) e dall'altra che la sua applicazione incontra dei limiti fra i quali vi è senz'altro il principio di ragionevolezza che esclude che essa sia invocabile a fronte di un'espressa e chiara clausola del bando, efficace e

non viziata da illegittimità, che considera una determinata inosservanza a fini sanzionatori[130].

La prescrizione in parola, già vigente nel nostro sistema normativo degli appalti pubblici ma per i soli servizi e forniture[131], è stata estesa dall'art. 46 del Codice anche ai lavori considerando che nella previgente disciplina normativa essa non era contemplata dalla Legge n. 109/1994, ma solamente dall'art. 28 della Direttiva CE 93/37. Per quanto concerne i limiti contenutistici della norma è possibile fare riferimento al principio di matrice giurisprudenziale in virtù del quale la norma legittima l'integrazione, ma non la sostituzione ovvero la presentazione *ex novo* della documentazione[132].

L'art. 48 del Codice, invece, estende agli appalti di servizi e forniture una disposizione riservata, nel previgente sistema, ai soli lavori pubblici[133]

---

130 Così: Cons. Stato, sez. VI, 21.02.2005, n. 624.

131 Artt. 16 del D.Lgs n. 157/95 ed art15 D.Lgs 358/92.

132 Si veda Cons. Stato, sez. V, 12.04.2005, n. 1632 secondo il quale "*Risulta inconferente il richiamo all'art. 16 del D.Lgs. n. 157/1995, secondo il quale "le amministrazione aggiudicatrici invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti dichiarazione presentati", nel caso in cui (come quello di specie) non si tratta di integrare o completare una documentazione già presentata, ma di produrre ex novo il documento che una concorrente non ha presentato entro i termini perentori stabiliti dal bando di gara; in tal caso, infatti, l'eventuale completamento della documentazione, non violerebbe solo il bando ma integrerebbe violazione del principio di par condicio tra i concorrenti*". Per quanto concerne i lavori pubblici è stato affermato che *"Atteso che l'art. 28 della Direttiva CE 93/37 dispone che "l'amministrazione può invitare l'imprenditore a completare i certificati e i documenti presentati o a chiarirli" e che una costante giurisprudenza ha precisato che il responsabile del procedimento è tenuto ad invitare i partecipanti alla gara a rettificare le dichiarazioni erronee o incomplete, a condizione che non sia turbata la par condicio tra i concorrenti e che non vi sia una modificazione del contenuto della documentazione presentata (Consiglio Stato sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586), è legittimo il provvedimento di esclusione dell'impresa adottato dalla stazione appaltante qualora non si tratti di completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto delle dichiarazioni presentate, ma di sostituire una dichiarazione erronea con altra dichiarazione".* In questi termini Autorità di vigilanza ll.pp. Deliberazione n. 2 del 19.01.2005 in www.autoritàvigilanzalavoripubblici.it

133 Ai sensi dell'art. 10, comma 1 - *quater* della Legge n. 109/1994 *"I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, prima di procedere all'apertura della buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma 7. La suddetta richiesta è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi*

che prevede l'obbligo delle stazioni appaltanti di procedere ad un controllo a campione in merito al possesso da parte dei concorrenti dei requisiti da loro stessi dichiarati. L'esito negativo dell'accertamento imporrà, all'ente accertatore, di denunciare l'accaduto all'Autorità di vigilanza che dovrà disporre la sospensione dell'inadempiente, da uno a dieci mesi, dalle procedure di affidamento.

Il 2° comma, del citato art. 48 del Codice contiene una norma in parte superflua, richiamando l'obbligo della stazione appaltante di procedere all'accertamento di cui sopra anche nei confronti dell'aggiudicatario e del secondo classificato qualora, ovviamente, tale accertamento non sia stato esperito precedentemente. Ebbene, per gli appalti aventi ad oggetto servizi e forniture l'utilità della previsione in parola è sostanzialmente vanificata da analoga previsione contenuta negli art. 41, 4° comma, e 42, 4° comma, del Codice nella parte in cui impongono all'aggiudicatario l'esibizione dei certificati relativi ai requisiti di qualificazione dichiarati. Per quanto concerne, invece, i lavori pubblici occorre richiamare l'orientamento secondo cui con riferimento alle verifiche previste dall'art. 10, comma 1quarter, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. e dall'art. 70 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m., va rilevato che, nei casi di appalto di importo superiore a 150.000 euro, la verifica dei requisiti di capacità tecnico-finanziaria non è richiesta, in quanto l'attestazione SOA costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione degli stessi (art. 1, comma 3, D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 e s.m.)[134]. Superflua è la previsione anche per quanto concerne i requisiti di carattere generale in quanto l'art. 38 rimette direttamente alla pubblica amministrazione la prova di tali requisiti, mentre per quanto riguarda i lavori pubblici è consolidato il principio che impone alla pubblica amministrazione, pur in presenza della certificazione SOA, l'accertamento dei requisiti di carattere generale dichiarati[135].

---

fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione".

[134] Così l'Autorità di vigilanza ll.pp. Deliberazione n. 66 (R 6/05) del 22.06.2005 in www.autoritàvigilanzalavoripubblici.it.

[135] In questo senso l'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici, Deliberazione n. 66 del 22.06.2005 secondo cui: *"Contrasta con il disposto dell'art. 75, comma 1, lett h), del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m. la procedura adottata dalla Commissione di gara che non provvede a verificare il possesso dei requisiti di carattere generale dei concorrenti mediante il riscontro dei dati presenti nel Casellario Informatico delle imprese e, conseguentemente, non esclude dalla gara medesima un'impresa che risultava aver reso, nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, false dichiarazioni in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione".*

Fra i requisiti di qualificazione tecnico professionale, ancorché meramente eventuale, è annoverabile anche il possesso delle certificazioni di qualità ambientale previste dall'art. 44 del Codice 163/2006 ossia: le certificazioni dei sistemi di gestione ambientali (cd. SGA) UNI EN ISO 14001[136] ed EMAS[137], nonché quelle di prodotto ECOLABEL[138].

La norma riprende le disposizioni della Direttiva 2004/18[139] la quale, a sua volta, è espressione di una specifica strategia europea che, sulla base del riconosciuto valore trasversale della politica ambientale, è diretta a realizzare e garantire una costante sua integrazione con le altre politiche comunitarie. In proposito il considerando (5) della Direttivaprecisa che: *"Conformemente all'articolo 6 del Trattato, le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente sono integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'articolo 3 del Trattato, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. La*

---

[136] Ultima versione del novembre 2004.

[137] Regolamentato dapprima (EMAS I) con il regolamento CEE1836/93/CEE, successivamente modificato dal Regolamento n. 761/2001/Ce integrato con decisione della Commissione 681/2001/Ce ed infine dalla raccomandazione della Commissione 2001/680/CE. L'elemento principale di differenza fra EMAS e ISO 14001 risiede nel fatto che il primo è espressamente istituzionalizzato mediante appositi provvedimenti di rango normativo, mentre il secondo non riveste tale profilo. In dottrina si veda R. GIACOMAZZI *Gestione delle problematiche ambientali all'interno dell'impresa*, in *www..ambiente.it*.

[138] Con l'inciso ECOLABEL si fa riferimento al cd marchio di qualità ecologico che, diversamente dagli SGA, si limita a certificare la sostenibilità del prodotto/servizio, ma non anche del processo produttivo ovvero del sistema aziendale dal quale esso scaturisce. L'Ecolabel, introdotto dal Regolamento del Consiglio n. 880/92, è oggi disciplinato dal regolamento del Parlamento e del Consiglio n. 1980/2000/Ce.

[139] In particolare l'art. 50 della Direttiva 2004/18/Ce secondo cui: *"Qualora nei casi di cui all'articolo 48, paragrafo 2, lettera f), richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinate norme di gestione ambientale, le amministrazioni aggiudicatrici fanno riferimento al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS) o a norme di gestione ambientale basate sulle pertinenti norme europee o internazionali certificate da organismi conformi alla legislazione comunitaria o alle norme europee o internazionali relative alla certificazione. Le amministrazioni aggiudicatrici riconoscono i certificati equivalenti in materia rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse accettano parimenti altre prove relative a misure equivalenti in materia di gestione ambientale, prodotte dagli operatori economici"*. La norma risponde al considerando (44) della medesima Direttiva 2004/18 secondo cui: *"Nei casi appropriati, in cui l'applicazione di misure o sistemi di gestione ambientale durante l'esecuzione dell'appalto pubblico è giustificata dalla natura dei lavori e/o dei servizi, può essere richiesta, l'applicazione di siffatte misure o sistemi. I sistemi di gestione ambientale, indipendentemente dalla loro registrazione conformemente agli strumenti comunitari quale il regolamento (CE) n. 761/2001 (EMAS), possono dimostrare la capacità tecnica dell'operatore economico di realizzare l'appalto. Inoltre, deve essere accettata come mezzo di prova alternativo ai sistemi di gestione ambientale registrati, una descrizione delle misure applicate dall'operatore economico per assicurare lo stesso livello di protezione dell'ambiente"*.

presente Direttiva chiarisce dunque in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile garantendo loro al tempo stesso di poter ottenere per i loro appalti il miglior rapporto qualità/prezzo".

La politica della tutela dell'ambiente nel settore degli appalti pubblici è delineata in diversi atti della Commissione fra cui, da citare la comunicazione interpretativa del 4.7.2001 (COM) 274 ed il VI Programma di azione ambientale della Comunità europea comunicato dalla Commissione il 24.01.2001 (COM) 31.

In particolare la prima, recante una comunicazione interpretativa dal titolo *"Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici",* sottolinea l'esigenza di fare "*un uso migliore degli appalti pubblici per favorire prodotti e servizi compatibili con l'ambiente"*. La circostanza, rilevata nella predetta comunicazione, che il mercato degli appalti coprisse, da solo, il 14% circa del PIL europeo, ha indotto la Commissione a ritenere che per la concreta fattibilità dell'equilibrio dello sviluppo sostenibile si dovesse intervenire su di esso; ed è per questo che ha prospettato le modifiche delle direttive europee auspicando l'implicazione di fattori ambientali nella determinazione delle specifiche tecniche, dei criteri di qualificazione e di aggiudicazione[140].

---

[140] I considerando della Direttiva 2004/18 riprendono tali considerazioni ad es: "*29) Le specifiche tecniche fissate dai committenti pubblici dovrebbero permettere l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. A questo scopo deve essere possibile la presentazione di offerte che riflettano la pluralità di soluzioni tecniche. Pertanto le specifiche tecniche devono poter essere fissate in termini di prestazioni e di requisiti funzionali e, in caso di riferimento alla norma europea, o, in mancanza di quest'ultima, alla norma nazionale, le amministrazioni aggiudicatrici devono prendere in considerazione offerte basate su altre soluzioni equivalenti. Per dimostrare l'equivalenza, gli offerenti dovrebbero poter utilizzare qualsiasi mezzo di prova. Le amministrazioni aggiudicatrici, laddove decidano che in un determinato caso l'equivalenza non sussiste, devono poter motivare tale decisione. Le amministrazioni aggiudicatrici che desiderano definire requisiti ambientali nelle specifiche tecniche di un determinato contratto possono prescrivere le caratteristiche ambientali, quali un metodo di produzione determinato, e/o gli effetti ambientali specifici di gruppi di prodotti o di servizi. Esse possono utilizzare, ma non vi sono obbligate, le specifiche adeguate definite dall'ecoetichettatura, come l'ecoetichettatura europea, l'ecoetichettatura (multi)nazionale o qualsiasi altra ecoetichettatura, purché i requisiti per l'etichettatura siano elaborati ed adottati in base a informazioni scientifiche mediante un processo cui possano partecipare le parti interessate, quali gli organi governativi, i consumatori, i produttori, i distributori o le organizzazioni ambientali e purché l'etichettatura sia accessibile e disponibile per tutte le parti interessate. Ogni qualvolta ciò sia possibile, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero definire specifiche tecniche in modo da tener conto dei criteri di accessibilità per i portatori di handicap o di una progettazione adeguata per tutti gli utenti. Le specifiche tecniche dovrebbero essere chiaramente indicate, affinché tutti*

Per le imprese stabilite negli altri Stati membri dell'Unione europea ovvero nei paesi firmatari degli accordi sugli appalti pubblici di cui all'allegato 4 dell'accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio ovvero ancora che abbiano sede in paesi che abbiano stipulato un accordo con lo Stato italiano, la qualificazione è consentita alle

---

gli offerenti siano al corrente degli aspetti coperti dai requisiti fissati dall'amministrazione aggiudicatrice.

33) Le condizioni di esecuzione di un appalto sono compatibili con la presente Direttiva a condizione che non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie e siano indicate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. In particolare esse possono essere finalizzate alla formazione professionale nel cantiere, alla promozione dell'occupazione delle persone con particolari difficoltà di inserimento, alla lotta contro la disoccupazione o alla tutela dell'ambiente. A titolo di esempio, si possono citare, tra gli altri, gli obblighi - applicabili all'esecuzione dell'appalto - di assumere disoccupati di lunga durata o di introdurre azioni di formazione per i disoccupati o i giovani, di rispettare in sostanza le disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) nell'ipotesi in cui non siano state attuate nella legislazione nazionale, di assumere un numero di persone disabili superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale.

(46) L'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza. Di conseguenza occorre ammettere soltanto l'applicazione di due criteri di aggiudicazione: quello del "prezzo più basso" e quello della "offerta economicamente più vantaggiosa". Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti è opportuno prevedere l'obbligo - sancito dalla giurisprudenza - di assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità applicati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Spetta quindi alle amministrazioni aggiudicatrici indicare i criteri di aggiudicazione nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri e questo in tempo utile affinché gli offerenti ne siano a conoscenza quando preparano le loro offerte. Le amministrazioni aggiudicatrici possono derogare all'indicazione della ponderazione dei criteri di aggiudicazione in casi debitamente motivati, che devono essere in grado di giustificare, quando detta ponderazione non può essere stabilita preliminarmente, in particolare a causa della complessità dell'appalto. In questi casi esse dovrebbero indicare l'ordine decrescente di importanza di tali criteri. Le amministrazioni aggiudicatrici, quando scelgono di aggiudicare l'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, valutano le offerte per determinare quella che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo. A tal fine stabiliscono i criteri economici e qualitativi che, nel loro insieme, devono consentire di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa per l'amministrazione aggiudicatrice. La determinazione di tali criteri dipende dall'oggetto dell'appalto in quanto essi devono consentire di valutare il livello di prestazione che ciascuna offerta presenta rispetto all'oggetto dell'appalto, quale definito nelle specifiche tecniche, nonché di misurare il rapporto qualità/prezzo di ciascuna offerta. Al fine di garantire la parità di trattamento, i criteri di aggiudicazione dovrebbero consentire di raffrontare le offerte e di valutarle in maniera oggettiva. Se tali condizioni sono soddisfatte, criteri di aggiudicazione economici e qualitativi, come quelli relativi al rispetto di requisiti ambientali, possono consentire all'amministrazione aggiudicatrice di rispondere ai bisogni della collettività pubblica interessata, quali espressi nelle specifiche dell'appalto. Alle stesse condizioni un'amministrazione aggiudicatrice può utilizzare criteri volti a soddisfare esigenze sociali, soddisfacenti, in particolare bisogni - definiti nelle specifiche dell'appalto - propri di categorie di popolazione particolarmente svantaggiate a cui appartengono i beneficiari/utilizzatori dei lavori, forniture e sevizi oggetto dell'appalto.

medesime condizioni richieste alle imprese italiane[141]. È pur vero, però, che per la qualificazione afferente agli operatori operanti in paesi diversi si pone il problema, prodromico rispetto a quello dell'equivalenza delle condizioni, di vagliare l'equipollenza del requisito esibito rispetto a quello allegato dall'impresa italiana. Si pensi, ad esempio, alla questione del riconoscimento dei titoli di studio che, per avere efficacia nel nostro ordinamento interno dovranno essere espressamente riconosciuti ai sensi del D.Lgs. n. 319 del 2.5.1994.

5.5. Gli elenchi ufficiali di fornitori e prestatori di servizi

L'art. 45 del Codice, nel recepire l'art. 52 della Direttiva 18/2004, dispone che *"I concorrenti iscritti in elenchi ufficiali di prestatori di servizi o di fornitori possono presentare alla stazione appaltante, per ogni appalto, un certificato d'iscrizione indicante le referenze che hanno permesso l'iscrizione stessa e la relativa classificazione"*.

La norma in questione disciplina le modalità di formazione ed iscrizione degli operatori economici in appositi elenchi, nonché l'efficacia della certificazione rilasciata dall'Autorità ovvero, per gli operatori aventi sede in altro Stato membro, da parte dell'organismo competente, attestante l'iscrizione a tale elenco. Per quanto concerne tale ultimo profilo il 2° comma dell'art. 45 precisa che il rilascio della certificazione costituisce per le stazioni appaltanti *"presunzione d'idoneità alla prestazione del concorrente iscritto"*, ma limitatamente ai seguenti requisiti:

1) per quelli di ordine generale di cui all'art. 38, comma 1, lettere *a, c,* ed *f*[142];

---

[141] Art. 47, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006.

[142] Ossia: "**a**) *che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni;* **c)** *nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del Codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, Direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; egli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso*

2) per quelli di idoneità professionale di cui all'art. 39 del Codice

3) per quelli di qualificazione economico – finanziaria di cui all'art. 41, 1° comma, lett. *b* e *c*[143];

4) per quelli di natura tecnica relativamente, solamente per i servizi, indicati dall'art. 42, comma 1, lett. *e, f, g h, i*[144];

5) per quelli di natura tecnica, relativi alle sole forniture, indicati dall'art. 42, comma 1, lett. *l* ed *m*[145].

È facoltà della stazione appaltante chiedere, previa indicazione nel bando di gara, requisiti ulteriori rispetto a quelli attestati dalla certificazione dalla iscrizione nell'elenco.

Possono essere iscritti in tali elenchi anche gli operatori economici aventi sede in altri Stati membri (ma non anche in altri Stati stranieri che non siano "membri") ed alle medesime condizioni stabilite per quelli italiani. A tal fine il Codice vieta la possibilità di richiedere a tali operatori prove o dichiarazioni tipologicamente diverse da quelle previste dalle norme summenzionate per quanto il loro contenuto potrebbe diversificarsi.

---

l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del Codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del Codice di procedura penale; **f)** *che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".*

[143] Ossia: "**b)** *bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa*; **c)** *dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi".*

[144] Ossia: "***e)*** *indicazione dei titoli di studio e professionali dei prestatori di servizi o dei dirigenti dell'impresa concorrente e, in particolare, dei soggetti concretamente responsabili della prestazione di servizi;* ***f)*** *indicazione, per gli appalti di servizi e unicamente nei casi appropriati, stabiliti dal regolamento, delle misure di gestione ambientale che l'operatore potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto;* ***g)*** *per gli appalti di servizi, indicazione del numero medio annuo di dipendenti del concorrente e il numero di dirigenti impiegati negli ultimi tre anni;* ***h)*** *per gli appalti di servizi, dichiarazione indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto;* ***i)*** *indicazione della quota di appalto che il concorrente intenda, eventualmente, subappaltare".*

[145] Ossia "***l)*** *nel caso di forniture, produzione di campioni, descrizioni o fotografie dei beni da fornire, la cui autenticità sia certificata a richiesta della stazione appaltante;* ***m)*** *nel caso di forniture, produzione di certificato rilasciato dagli istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità dei beni con riferimento a determinati requisiti o norme".*

Difatti, in determinati casi non è sufficiente il possesso *sic et simpliciter* di un requisito dello stesso tipo di quello richiesto all'operatore italiano (ad es. un determinato titolo di studio), ma potrebbe essere necessario attivare particolari procedure atte ad attestare l'equipollenza di tale requisito a quello posseduto dall'operatore italiano (ad es. il riconoscimento del titolo di studio da parte dell'Autorità italiana).

5.6. L'avvalimento

La procedura dell'avvalimento dei requisiti di qualificazione trova la propria disciplina negli artt. 49 e 50 del D.Lgs. n. 163/2006. L'istituto rappresenta una novità del nostro ordinamento direttamente scaturente dal recepimento dell'analogo istituto comunitario[146].

Difatti già nella Direttiva 18/2004 veniva consolidato normativamente l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini della partecipazione alla gara, l'impresa può avvalersi dei requisiti di altre imprese, purché ne dimostri la disponibilità[147]. In tal senso il Considerando (45) della Direttiva 18/2004 precisa che: *"...Si deve tener conto della giurisprudenza della Corte di giustizia nel caso in cui un operatore economico facente parte di un gruppo si avvale della capacità economica finanziaria o tecnica di altre società del gruppo a sostegno della sua domanda di iscrizione. In tal caso spetta all'operatore economico comprovare che disporrà effettivamente di detti mezzi durante tutta la durata di validità dell'iscrizione..."*.

Il par. 2 dell'art. 47 della Direttiva 18/2004 sviluppa tale principio statuendo che un operatore economico può, per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, purché dimostri la disponibilità dei relativi mezzi1[148]. Analoga possibilità è riconosciuta ai raggruppamenti di operatori economici individuati dall'art. 4 della Direttiva 18/2004[149].

---

[146] Sull'istituto dell'avvalimento si veda: M MARTINELLI *la capacità economico – finanziaria* in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano 2005, 623 ss, LOPEZ *Il possesso per relationem dei requisiti per partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica* in *Riv. Tri. App.*, 2003, 191, ss.; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo Codice degli appalti pubblici*, 2006, 96 ss.

[147] In merito si veda Corte di Giustizia 14.04.1994, C-389/92; *id.* 18.12.1997, C-5/97 e, con riferimento specifico agli appalti di servizi si veda Corte di Giustizia CE sent. 2.12.1999 procedimento C-176/98. Per il nostro ordinamento si veda Consiglio di Stato 25.03.2002, n. 1695.

[148] Norma speculare è dettata, per i requisiti di capacità economico-finanziaria, dall'art. 48, par. 3, Direttiva 18/2004.

[149] Si tratta dei raggruppamenti temporanei o di altri soggetti aventi personalità giuridica come i consorzi.

Secondo parte della dottrina[150], la generica formulazione della disposizione normativa di cui all'art. 47, par. 3 della Direttiva sembrerebbe ampliare questa possibilità anche a fattispecie che prescindono dalla appartenenza in senso tecnico ad un medesimo gruppo purché sussistano determinati vincoli contrattuali tra le parti (ad esempio un contratto di *franchising*)[151].

Il par. 1/3 dell'art. 52 della Direttiva 18/2004 conferma, poi, l'applicazione del principio in esame anche nel caso in cui la qualificazione dell'impresa sia accertata mediante l'esibizione della certificazione ovvero mediante l'iscrizione in un elenco ufficiale. Anche in questo caso, ovviamente, l'impresa concorrente dovrà dimostrare la disponibilità dei requisiti necessari per l'accesso alla gara per un periodo di tempo quanto meno corrispondente alla durata del certificato esibito.

Secondo alcuni[152] la facoltà, concessa all'operatore economico, di avvalersi dei requisiti tecnici ed economici di altra impresa del gruppo colliderebbe con la disciplina normativa del subappalto che prevede stringenti limitazioni sia sotto il profilo procedurale che quantitativo[153]. Trattasi di opinione non del tutto condivisibile, qualora si consideri la diversa natura giuridica dei due istituti in esame; infatti, mentre il subappalto presuppone l'affidamento dei lavori a soggetti terzi che operano, dunque, come soggetti distinti rispetto al soggetto subappaltante, nel caso di cui all'art. 47, par. 2 della Direttiva 18/2004 il concorrente aggiudicatario sarà comunque l'impresa operante tanto è vero che dovrà dimostrare il possesso dei beni aziendali dei quale intenderà avvalersi.

Né può valere ad escludere tale distinzione giuridica il riferimento alla norma di cui all'art. 18, 9° comma, della Legge n. 18/1990 secondo la quale *"l'impresa che si avvale del subappalto o del cottimo deve allegare la copia autentica del contratto e la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'art. 2359 del Codice civile con l'impresa affidataria del subappalto o del cottimo…"*. Certamente la norma evidenzia come sia possibile l'affidamento di un subappalto anche da parte di una impresa ad un'altra

---

[150] D. GALLI, "*Le holding entrano in gara anche grazie ai requisiti offerti dai terzi"*; in Edilizia e territorio *"Le direttive europee sugli appalti"* 20/2004, 15 ss.

[151] Potrebbe, dunque verificarsi che i rivenditori siano autorizzati a partecipare alla gara esibendo i requisiti delle società produttrici. In questi termini D. GALLI *op. cit.*

[152] D. GALLI *op. cit.*

[153] In particolare l'art. 18 della Legge 19.03.1990, n. 55 vieta la subappaltabilità della categoria prevalente per una quota superiore al 30% dell'importo complessivo dei lavori.

impresa facente parte del medesimo gruppo, ma ciò non comporta automaticamente la configurazione dell'istituto del subappalto.

Nel primo caso le imprese – che evidentemente conservano una propria soggettività – agiscono autonomamente e non come gruppo; il rapporto negoziale corrente *inter partes* integrerà dunque i requisiti della fattispecie negoziale del subappalto. In questo caso la *ratio* sottesa alla previsione di cui al 9° comma, dell'art. 18 della Legge n. 55/90 va rinvenuta nell'esigenza di evitare facili elusioni delle restrizioni poste dalla norma in questione attraverso lo strumento dei collegamenti societari. Nel secondo caso, invece, l'impresa agisce in proprio avvalendosi, però, dei requisiti di altre imprese del gruppo non integrando, pertanto, gli estremi della fattispecie negoziale del subappalto. Si potrebbe anzi affermare l'esatto contrario in quanto il collegamento fra le imprese è indefettibile requisito per l'avvalimento.

Tali peculiarità dell'istituto in esame sono state sufficientemente rilevata dalla giurisprudenza amministrativa la quale ha riconosciuto che in virtù della Direttiva unificata n. 18/2004 del 31.3.2004, per tutti i pubblici appalti, si consente all'operatore economico o ad un raggruppamento di operatori economici di cui all'art. 4, se del caso e per un determinato appalto, di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, al fine della prova della capacità economica e finanziaria. In tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti (art. 47, commi 2 e 3)[154].

A conferma di ciò può essere utile riportare quanto previsto dal comma 11, del citato art. 18 secondo il quale: "*Le disposizioni dei commi 3, 3-bis, 4, 6, 7, 8, 9 e 10 si applicano anche alle associazioni temporanee di impresa e alle società anche consortili, di cui agli articoli 22 e 26 del decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le opere scorporabili, nonché alle concessioni per la realizzazione di opere pubbliche ed agli appalti pubblici stipulati a trattativa privata. Le medesime disposizioni si applicano altresì alle associazioni in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le opere o i lavori assunti in appalto*". Si

[154] In questi termini Cons. Stato, sez. V, 16-11-2005, n. 6403 - Pres. Elefante - Rel. Cerreto.

osservi, peraltro, che le disposizioni di cui ai commi citati non si applicano alle imprese riunite (e dunque per analogia anche ai gruppi societari) che intendano eseguire direttamente i lavori; caso che è invece previsto dalla Direttiva 18/2004 per le *holding*.

Il Codice ha, pertanto, recepito l'istituto nell'ambito delle norme che disciplinano la qualificazione dei concorrenti ed in particolare all'art. 49 statuendo che: "*Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto".* Emerge subito un primo elemento di novità rispetto alla formulazione europea della norma che risiede, appunto, nell'estensione dell'avvalimento anche al sistema di qualificazione mediante attestato SOA di cui al DPR n. 34/2000[155].

La differenza fra l'avvalimento e le tipologie negoziali che comportano un frazionamento soggettivo ed oggettivo dell'esecuzione della prestazione, quali ad esempio il subappalto, è adeguatamente tratteggiata dal D.Lgs. n. 163/2006 il cui art. 49, al 10° comma dispone prevede espressamente che: "*Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria non può assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore, o di subappaltatore"*[156]. In sostanza, dunque, nell'avvalimento non si verifica un frazionamento oggettivo della prestazione in quanto l'impresa concorrente si avvale dei requisiti di un'altra impresa, ma resta pur sempre l'unica esecutrice dell'appalto.

Tuttavia non è del tutto escluso il coinvolgimento dell'impresa che "presti" i propri requisiti in quanto il 4° comma dell'articolo in esame prevede che: *"Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto"*. L'impresa ausiliaria è, pertanto, solidalmente responsabile con l'impresa avvalente della corretta esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto; il ché vuol significare che essa non è del

---

155 Che trova una propria regolamentazione nel successivo art. 50 del D.Lgs. n. 163/2006.

156 Si tenga tuttavia presente che l'entrata in vigore di tale disposizione normativa è stata prorogata all'1.2.2007 dall'art. 1 – *octies*, 1° comma, lett. c) della Legge di conversione del D.L. 12.05.2006, n. 173.

tutto avulsa dalle vicende afferenti il rapporto sinallagmatico soprattutto qualora esse siano patologiche. Chiaramente la responsabilità dell'impresa ausiliaria – che nei limiti di quanto designato dalla norma ha natura contrattuale - dovrà essere oggettivamente limitata ai danni – e solamente a quei danni - che siano casualmente collegati alla prestazione alla quale essa si era obbligata. Non deve dimenticarsi, infatti, che l'istituto in esame è destinato ad incidere sulla qualificazione delle imprese concorrenti che restano le materiali esecutrici della prestazione; l'impresa ausiliaria potrà rispondere dell'inadempimento contrattuale solamente qualora quest'ultimo sia connesso a carenze del requisito tecnico, economico e/o organizzativo che l'impresa ausiliaria doveva prestare[157]. Ragionando diversamente, ossia ritenendo che per il sol fatto di essere ausiliaria l'impresa sia solidamente responsabile dell'inadempimento contrattuale quale che ne sia la causa, la norma verrebbe a delineare una forma di responsabilità oggettiva.

Rispetto al regime comunitario, il D.Lgs. n. 163/2006 introduce una serie di limiti alla concreta operatività dell'avvalimento. Innanzitutto è necessario che l' "*avvalente*", al fine di accertare il ricorso all'avvalimento dovrà allegare alla domanda[158]:

a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria;
b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'articolo 38;
c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38;
d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente;
e) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34 né si trova in una situazione

[157] Ad esempio non è prospettabile la responsabilità dell'impresa ausiliaria che abbia "prestato" un requisito tecnico qualora l'inadempimento della prestazione sia dovuto al fallimento dell'impresa aggiudicataria.

[158] Ai sensi dell'art. 49, 2° comma, D.Lgs. n. 163/2006.

di controllo di cui all'articolo 34, comma 2 con una delle altre imprese che partecipano alla gara;

f) in originale o copia autenticata il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto;

g) nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5.

Il D.Lgs. n. 163/2006 vieta, da un lato che il concorrente possa avvalersi di più imprese per la qualificazione di un determinato requisito e dall'altro che l'impresa ausiliaria possa prestare i propri requisiti ad una pluralità di concorrenti; in entrambi i casi il divieto soffre, però, delle eccezioni rimesse all'apprezzamento discrezionale della pubblica amministrazione.

Con riferimento al primo profilo il bando di gara potrà prevedere espressamente, in favore di una sola impresa per la prova di un solo requisito, il cumulo dei requisiti prestati da più imprese ausiliarie; fermo restando il divieto di cumulo delle attestazioni SOA per una medesima categoria di lavori[159]. Del pari una impresa ausiliaria potrà prestare i propri requisiti a più imprese "avvalenti" previa autorizzazione prestata dalla stazione appaltante nel bando di gara e motivata nel senso della presenza di requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo numero di imprese[160].

L'avvalimento può avere ad oggetto l'uso alternativamente, da parte del concorrente che ne risulti privo, dei soli requisiti tecnici ovvero dei soli requisiti economici delle imprese ausiliarie ovvero, ancora, l'integrazione di requisiti appartenenti all'una ovvero all'altra categoria che l'impresa concorrente possieda in parte[161]. Tali limitazioni dovranno essere assunte direttamente dalla stazione appaltante con una esplicita previsione nel bando di gara e motivate in relazione alla natura ovvero

[159] Art. 49, 6° comma.
[160] Art. 49, 9° comma D.Lgs. n. 163/2006.
[161] Art. 49, 7° comma, del D.Lgs. n. 163/2006.

all'importo dell'appalto. Deve, pertanto, desumersi che ove nulla sia previsto in tal senso dalla *lex specialis* della gara, l'avvalimento non incontrerebbe limitazioni di sorta salvo quanto detto sopra[162].

L'art. 50 del D.Lgs. n. 163/2006 disciplina, invece, l'operatività dell'avvalimento nell'ambito di sistemi di qualificazione e, nello specifico, prevede la possibilità dell'operatore economico di acquisire ovvero integrare avvalendosi dei requisiti di altre imprese ausiliare, seguendo lo schema sopra descritto dell'avvalimento, ma con alcune peculiarità a partire dai principi che dovranno essere rispettati per il legittimo ricorso all'istituto in esame. A tale fine:

a) tra l'impresa che si avvale dei requisiti e l'impresa ausiliaria deve esistere un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359, commi 1 e 2 Codice civile; oppure entrambe le imprese devono essere controllate da una stessa impresa ai sensi dell'articolo 2359, commi 1 e 2, Codice civile;
b) l'impresa ausiliaria deve rilasciare una dichiarazione con la quale assume l'obbligo, anche nei confronti delle stazioni appaltanti, di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell'impresa *ausiliata* per tutto il periodo di validità della attestazione SOA;
c) l'impresa *ausiliata* e l'impresa ausiliaria hanno l'obbligo di comunicare le circostanze che fanno venire meno la messa a disposizione delle risorse;
d) in relazione a ciascuna gara si osservano comunque i commi 8 e 9 dell'articolo 49.

Anche in questo caso specifico è confermata la responsabilità solidale dell'impresa *ausiliata* e di quella ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, mentre nel caso di acclarate irregolarità o falsità delle dichiarazioni ad entrambe le imprese verrà comminata la sanzione della sospensione della attestazione SOA da un minimo di sei mesi ad un

---

[162] D'altra parte tale conclusione sembrerebbe coerente con l'interpretazione, invalsa presso la dottrina che si è occupata della questione, secondo cui il ricorso all'avvalimento è rimesso alla discrezionalità dell'operatore e non dell'Amministrazione aggiudicatrice che, di contro, sarà costretta a "subirlo" ferme restando, con l'entrata in vigore del Codice, le limitazioni ivi previste. Sulla questione si veda in particolare C. ZUCCHETTI *Avvalimento dei requisiti di altre imprese*, in www.giustizia-amministrativa.it; M. MARTINELLI *op. cit.*, 627 ss.

massimo di tre anni nonché le ulteriori sanzioni di tipo pecuniario statuite dall'art. 6, comma 11 del D.Lgs. n. 163/2006[163].

Il Codice consolida dunque, suggellandone formalmente l'efficacia, l'ingresso nel nostro ordinamento dell'istituto dell' "*avvalimento*" già fatto proprio dalla giurisprudenza[164] e recepito dal legislatore comunitario[165]. È di tutta evidenza l'impatto dello stesso sui sistemi di qualificazione degli operatori economici sinora imperanti ed incentrati, principalmente, sul principio del possesso personale dei diversi requisiti imposti, fatte salve le eccezioni espressamente previste dalla Legge (quali ad esempio i R.t.i. – anzi l'avvalimento è applicabile anche per le imprese raggruppate - ed il subappalto)[166]. Orbene non sussiste alcun dubbio che l'avvalimento sia un fattore di elasticità del sistema di qualificazione delle imprese che si affianca, senza sovrapporsi a quelli già consolidati e previsti dal nostro ordinamento, e che rinviene la propria *ratio* giustificatrice nell'apertura della gara alla concorrenza, ispirata dal principio di proporzionalità, nel senso di ritenere equivalente la posizione dell'operatore che possieda "personalmente" e di quello che possieda indirettamente, ma con diretta disponibilità, i richiesti requisiti di qualificazione. Le guarentigie previste dalla legge, sia statale che comunitaria, atte ad accertare la diretta disponibilità di tali requisiti e che essi siano prestati da un'impresa a sua volta qualificata sembrano

---

163 Dispone l'art. citato *"Con provvedimento dell'Autorità, i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi di cui al comma 9 sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 25.822 se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti, ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 51.545 se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri. Le stesse sanzioni si applicano agli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, nonché agli operatori economici che forniscono dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei requisiti di qualificazione, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori a agli organismi di attestazione"*.

164 Si veda Corte di Giustizia Ce 14.04.1994, C-389/92 *Ballast Nedam Groep*, in Giur. It., 1995, I, 545 ss; *id.* 2.12.1999, C-176/98 in *Urb e App.*, 2000, 443 con nota di A. MONTINI. Per la giurisprudenza interna si veda per tutti Cons. St., V, 8.7.2002, n. 3796 in *Cons. St.* 2002, I, 1534; TAR Piemonte, II, 10.04.2003, n. 533 in *Foro Amm. Tar*; 2003, n. 1147.

165 Appunto gli artt. 47, par. 5 e 48, par. 3 della Direttiva 31.03.2004 n. 2004/18/CE.

166 Già nello scarno dibattito parlamentare in seno all'VIII Commissione parlamentare erano emerse preoccupazioni in tal senso essendosi sollevata la questione che il testo del D.Lgs. provvedesse meccanicamente a trasporre nell'ordinamento nazionale l'istituto, senza alcuna valutazione delle probabili conseguenze. *"L'accoglimento dell'avvalimento nella normativa italiana, di cui all'articolo 49 del testo, rischia infatti di tradursi in una forzatura a discapito del sistema di qualificazione delle imprese, che potrebbe risultare depotenziato. Su questo aspetto esprime, pertanto, forti perplessità e si augura che il relatore possa richiamare il Governo a una riflessione sulle modalità di recepimento di tale istituto nella normativa italiana"*.

sufficienti a garantire l'efficacia dello sbarramento del sistema di qualificazione delle imprese.

Più complesso appare invece il rapporto delle imprese ausiliarie con l'esecuzione della prestazione contrattuale. In particolare né la Direttiva 2004/18/Ce, né il Codice, dispongono limitazioni agli strumenti negoziali utilizzabili dalle imprese per instaurare il legame di avvalimento ciò che interessa è che l'impresa avvalente sia in grado di dimostrare la disponibilità dei relativi requisiti. Nulla vieta, in teoria che tale legame giuridico sia instaurato mediante un contratto di subappalto e che, pertanto, l'impresa ausiliaria intervenga direttamente nella esecuzione della prestazione. Sin qui *nulla quaestio*, ma cosa accadrà qualora il subappalto funzionale all'avvalimento superi i limiti posti dalla Legge ed il subappaltatore, che nel contempo è impresa ausiliaria, esegua una parte consistente della prestazione[167]?

Si ritiene che la questione possa essere agevolmente risolta solo che si tenga conto della causa negoziale sottesa all'operazione dell'avvalimento e della sua diversità rispetto a quella del subappalto. L'avvalimento è chiaramente afferente alla sola fase, prodromica rispetto a quella dell'esecuzione della prestazione, della qualificazione dell'operatore economico ovverosia circoscritta – sì come si evince dal tenore letterale dello stesso art. 49, 1° comma del D.Lgs. n. 163/2006 - a soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico organizzativo. Quale che sia, dunque, lo strumento giuridico atto a consolidare e dimostrare la presenza di un avvalimento, la colleganza fra le imprese dovrà essere necessariamente funzionale e circoscritta nei limiti dell'obiettivo designato dalla norma ossia al *"possesso dei requisiti di qualificazione"* da parte dell'impresa avvalente. Ne consegue, da un lato che l'impresa ausiliaria, per il solo fatto di essere tale, non potrà automaticamente assurgere anche al rango di subappaltatrice, dall'altro che l'avvalimento ed il subappalto, proprio in quanto orientati a finalità diverse, seguono le reciproche discipline senza che vi possa essere alcuna sorta di sovrapposizione tra i due istituti. In buona sostanza l'impresa ausiliaria potrà prestare anche il 100% dei requisiti di qualificazione richiesti per la gara e, contemporaneamente potrà essere impresa subappaltatrice, ma non per questo potrà debordare i

[167] Solleva tali perplessità M. MARTINELLI *op. cit.*, 633 ss.

limiti percentuali normativamente posti relativamente alla prestazione eseguibile in subappalto.

Tuttavia la posizione del legislatore sul punto mostra non poche incertezze. Il 10° comma, dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 sanciva inizialmente la differenza fra avvalimento e subappalto ed il divieto di loro commistione statuendo che: *"Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria non può assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore, o di subappaltatore"*. Già in sede di elaborazione del testo, il Governo era stato invitato a riformulare il comma 8, che al momento disponeva "*il divieto di avvalersi della stessa impresa ausiliaria, a pena di esclusione, da parte di più di un concorrente, e che pone, sempre per l'impresa ausiliaria, il divieto di partecipazione alla realizzazione dell'appalto, escludendo - di fatto - la possibilità di subappalto, in difformità rispetto alla normativa comunitaria"*[168]. Ora, la recente legge di conversione del D.L. 15.05.2005, n. 173, ha previsto all'art. 1 *octies*, lett. *c* il differimento dell'entrata in vigore proprio dell'art. 49, 10° comma, del D.Lgs. n. 163/2006, alle procedure i cui bandi ed avvisi siano stati pubblicati successivamente al 1° febbraio 2007.

A voler, pertanto, riassumere sul punto può ritenersi che l'istituto dell'avvalimento è stato recepito dal nostro ordinamento ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 e che, rispetto all'originaria versione, cade il divieto assoluto dell'impresa ausiliaria di rivestire anche l'incarico di subappaltatrice; non per questo, però, viene meno – come spiegato sopra – la differenza fra i due istituti e il loro assoggettamento ai reciproci regimi normativi.

Appare, peraltro, evidente – sempre per rimanere sul tema dei rapporti fra avvalimento ed esecuzione della prestazione – che i requisiti prestati hanno una propria valenza oggettiva cosicché, quale che sia il profilo di riferimento (economico, tecnico, organizzativo), una volta

---

[168] Parere dell'1.3.2006 punto 11) della VIII Commissione Camera dei Deputati sullo schema di decreto legislativo: "*all'articolo 49, in materia di avvalimento, premessa l'esigenza di una attenta verifica degli effetti prodotti dalla trasposizione testuale nell'ordinamento interno della disciplina comunitaria dell'istituto del «prestito» dei requisiti di qualificazione delle imprese, valuti il Governo l'opportunità di riformulare il comma 8, che al momento dispone il divieto di avvalersi della stessa impresa ausiliaria, a pena di esclusione, da parte di più di un concorrente, e che pone, sempre per l'impresa ausiliaria, il divieto di partecipazione alla realizzazione dell'appalto, escludendo - di fatto - la possibilità di subappalto, in difformità rispetto alla normativa comunitaria"*.

dimostratane la disponibilità da parte dell'impresa avvalente essi non potranno essere contestualmente utilizzati dall'impresa ausiliaria per la partecipazione ad altre gare sia in proprio che come ausiliaria di altre imprese[169]. Si tratta di un limite prima ancora logico che giuridico, ma che il legislatore deroga (art. 49 9° comma ed art. 50, 1° comma, lett. d) nel caso in cui *"sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato"*. L'ambito di operatività della disposizione normativa è circoscritto dalla presenza di una situazione chiaramente speciale, lasciando però margini eccessivamente ampi di apprezzamento alla pubblica amministrazione.

[169] In questo senso anche R. MANGANI in Ed. Ter. n. 17/2006, 70.

6. L'oggetto del contratto e le procedure di scelta del contraente

6.1. Le tipologie e l'oggetto contrattuale

Il Capo III in esame presenta le maggiori novità del Codice in quanto disciplina le procedure di aggiudicazione innovative (dialogo competitivo, accordo quadro; sistemi dinamici di acquisizione), amplia l'oggetto del contratto di appalto, nonché l'ambito di operatività delle procedure negoziate. Proprio per questo è stato oggetto di intervento da parte della recente Legge n. 228 del 2006 di conversione del D.L. n. 173/2006 il cui art. 1-*octies* ha differito al 1° febbraio 2007 l'entrata in vigore rispettivamente[170]:

[170] Dispone l'art. 1 *octies* della Legge n. 228/2006 che: Art. 1/-octies: "*1. Al Codice del 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) e' abrogata; b) all'articolo 253, il comma 1 e' 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 l0; 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 e' 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*».

1) per **i lavori servizi e forniture nei settori ordinari e speciali**:

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

b) dell'articolo 49, comma l0;

c) dell'articolo 58;

d) dell'articolo 59, limitatamente ai settori ordinari;

2) **per i lavori pubblici nei soli settori ordinari**:

a) art. 3, comma 7°;

b) art. 53, commi 2 e 3;

c) art. 56;

d) art. 57;

3) è prevista l'abrogazione dell'art. 177, lett. f) del D.Lgs. n. 163/2006;

4) le disposizioni di cui all'art. 8, 6° comma, si applicano a far data dall'1.2.2007.

L'art. 53 conferma il carattere "chiuso" delle tipologie contrattuali mediante le quali sarà possibile procedere all'esecuzione delle prestazioni di lavori, servizi e forniture; la norma in particolare distingue quattro categorie:

a) i contratti di appalto;

b) i contratti di concessione;

c) la sponsorizzazione;

d) i contratti in economia.

I primi due sono definiti dall'art. 3 del D.Lgs. n. 163/2006, la sponsorizzazione dall'art. 26, mentre i contratti in economia dall'art. 125.

Per quanto riguarda, in particolare, i contratti di appalto di lavori appare utile valutare prioritariamente la portata delle sospensioni di cui al citato art. 1 *octies* ed in particolare proprio dei commi 2 e 3 dell'art. 53 e del comma 7 dell'art. 3[171]. Si tratta, difatti, di disposizioni normative che, innovando il pregresso regime, avevano introdotto una sostanziale equiparazione fra appalto di lavori avente ad oggetto la sola esecuzione di lavori ed appalto avente, invece, ad oggetto l'esecuzione congiunta alla progettazione, estendendo l'ambito oggettivo di operatività dell'appalto integrato.

Siffatto intervento, in verità avviato già con la legge n. 166/2002, proseguito con la Legge n. 62/2005 e solo ultimato con il D.Lgs. n. 163/2006, snaturava uno dei principi informatori della Legge quadro n. 109/1994 ossia la separazione fra progettazione ed esecuzione; separazione funzionale a garantire l'imparzialità del progettista e della sua attività rispetto alle esigenze dell'impresa esecutrice. Difatti il legislatore della 109 aveva notato come la commistione fra le due attività fosse una delle cause del continuo ricorso alle varianti in corso d'opera e conseguentemente della lievitazione dei costi delle opere pubbliche. Ebbene, la sospensione congiunta dei due articoli sembrerebbe lasciare intravedere la volontà del legislatore di porre fine a tale commistione e riaffermare la validità della

---

[171] Dispone l'art. 3, 7° comma, del D.Lgs. n. 163/2006 che: *"Gli <<appalti pubblici di lavori>> sono appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero, previa acquisizione in sede di offerta del progetto definitivo, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, relativamente a lavori o opere rientranti nell'allegato I, oppure, limitatamente alle ipotesi di cui alla parte II, titolo III, capo IV, l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante o dall'ente aggiudicatore, sulla base del progetto preliminare posto a base di gara."*. L'art. 53, 2° comma del medesimo D.Lgs. prevede che: *"Negli appalti relativi a lavori, il decreto o la determina a contrarre stabilisce, motivando, nelle ipotesi di cui alle lettere b) e c) del presente comma, in ordine alle esigenze tecniche, organizzative ed economiche, se il contratto ha ad oggetto: a) la sola esecuzione; b) la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice; c) previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice. Lo svolgimento della gara è effettuato sulla base di un progetto preliminare, nonché di un capitolato prestazionale corredato dall'indicazione delle prescrizioni, delle condizioni e dei requisiti tecnici inderogabili. L'offerta ha ad oggetto il progetto definitivo e il prezzo. Per le stazioni appaltanti diverse dalle pubbliche amministrazioni l'oggetto del contratto è stabilito nel bando di gara."* A sua volta il 3° comma del citato art. 53 dispone che: *"Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. Il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti, secondo quanto previsto dal capo IV del presente titolo (progettazione e concorsi di progettazione), e l'ammontare delle spese di progettazione comprese nell'importo a base del contratto. Per i contratti di cui al comma 2, lettere b) e c), l'ammontare delle spese di progettazione esecutiva non è soggetto a ribasso d'asta"*.

separazione fra attività intellettuale e materiale, riportando l'istituto dell'appalto integrato, così come quello dell'appalto–concorso, alla sua originale natura di istituto autonomo.

La sospensione riafferma, altresì, sempre *de iure condendo*, la dicotomia fra la nozione di appalto pubblico di cui alla Direttiva europea e la correlativa nozione presente nel nostro ordinamento. In particolare, anche la Direttiva 2004/18/Ce, così come le sue precedenti versioni, riconduce alla nozione di appalto oltre all'esecuzione, anche quest'ultima congiunta alla progettazione nonché *l'esecuzione con qualsiasi mezzo di lavori*[172]. L'art. 3, 7° comma, del D.Lgs. n. 163/2006 (oggi sospeso) si conformava acriticamente a tale definizione recependo nel suo ultimo capoverso l'inciso *"esecuzione con qualsiasi mezzo….."*. Una siffatta generica previsione avrebbe normativamente aperto la via ad istituti atipici (vendita di cosa futura, *leasing immobiliare*, ecc.) che, ancorché finalizzati alla realizzazione di un'opera pubblica, difettano dei caratteri propri di un contratto di appalto di lavori, contravvenendo alla tradizione italiana chesul punto si è mostrata ben più rigida dell'ordinamento europeo.

Pur non essendo questa la sede per ripercorrere le fasi del dibattito accesosi sull'oggetto dell'appalto pubblico e sulle sue differenze rispetto all'appalto privato, non vi è dubbio che la tendenza, quanto meno originaria (ossia prima delle sospensioni) del D.Lgs. n. 163/2006 fosse quella di recepire le istanze innovative aprendo alle nuove tipologie negoziali. In tale senso, oltre alla norma in esame, un esempio concreto è l'art. 24, rimasto in piedi anche all'esito della Legge n. 228/2006, che regolamenta i contratti di sponsorizzazione[173] estendendone l'ambito oggettivo di operatività ai lavori

---

[172] In particolare dispone l'art. 1, par. 2, lett. b) della Direttiva 2004/18/ce che: "*Gli "appalti pubblici di lavori" sono appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice. Per "opera" si intende il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplichi una funzione economica o tecnica".*

[173] Dispone l'art. 26 D.Lgs n. 163/2006 che: "*1. Ai contratti di sponsorizzazione e ai contratti a questi assimilabili, di cui siano parte un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore e uno sponsor che non sia un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore, aventi ad oggetto i lavori di cui all'allegato I, nonché gli interventi di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici sottoposti a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ovvero i servizi di cui all'allegato II, ovvero le forniture disciplinate dal presente Codice, quando i lavori, i servizi, le forniture sono acquisiti o realizzati a cura e a spese dello sponsor, si applicano i principi del Trattato per la scelta dello sponsor nonché le disposizioni in materia di requisiti soggettivi dei progettisti e degli esecutori del contratto.2. L'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore beneficiario delle opere, dei lavori, dei servizi, delle*

pubblici. A fronte di tale tentativo non si comprende per quale ragione il legislatore delegato non abbia preso in considerazione l'esigenza di regolamentare le fattispecie ammissibili, non solamente al fine di dare certezza alla pubblica amministrazione ma anche, anzi soprattutto, al fine di temperare gli eventuali effetti distorsivi connessi all'eccessiva elasticità della norma.

D'altra parte era, ed è, noto, in proposito, l'orientamento di certa giurisprudenza amministrativa che, pur legittimando i casi nei quali le stazioni appaltanti si avvalgono di fattispecie negoziali non riconducibili a quella dell'appalto[174], hanno comunque imposto rigidi passaggi procedimentali a presidio della trasparenza e della correttezza dell'azione amministrativa. Ad esempio è piuttosto recente nel nostro ordinamento l'uso del contratto di vendita di cosa futura utilizzato da alcune amministrazioni per la realizzazione di opere pubbliche, legittimata dal Giudice amministrativo solo in presenza di rigorosi limiti procedimentali[175]. Ancora è il caso del cosiddetto *leasing immobiliare*, recentemente legittimato dalla stessa Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con la Deliberazione del 23.09.2004, n. 145[176]. Con tale deliberazione l'Autorità ha ribadito la generale tassatività delle procedure previste dalla legge n. 109/1994, nuovamente valutata come principio di ordine generale dell'ordinamento in materia di lavori pubblici. Proprio perché principio generale, esso però soffre di eccezioni specificatamente supportate da fonti normative speciali in virtù del famoso brocardo *lex specialis derogat generali*. Sulla scorta di tali premesse, l'Autorità ha legittimato il ricorso al contratto di *leasing immobiliare* per la realizzazione di opere pubbliche (nella specie, di istituti penitenziari) in quanto autorizzato da uno specifico provvedimento normativo di rango legislativo[177] diretto a fronteggiare situazioni di necessità ed urgenza (nella specie l'inefficacia e la vetustà degli istituti penitenziari esistenti) ferma restando la necessità della qualificazione tecnica dei soggetti incaricati dell'attività di progettazione e della esecuzione delle opere ai sensi della normativa sui lavori pubblici. La pronuncia si mostra interessante nella parte in cui si ribadisce la portata di

---

forniture, impartisce le prescrizioni opportune in ordine alla progettazione, nonché alla direzione ed esecuzione del contratto".

[174] Ad esempio, il contratto di sponsorizzazione oppure, come detto, la vendita di cosa futura oppure, ancora, il leasing "chiavi in mano".

[175] Si veda Consiglio di Stato, Ad. Gen., par. 17.02.2000, n. 2/2000 e la giurisprudenza ivi richiamata.

[176] In *Edilizia e territorio*, n. 41/2004, 18 ss.

[177] In particolare il combinato di cui all'art. 145, comma 34, lett. c) della Legge n. 388/2000 ed il D.L. n. 201, dell'11.09.2002 convertito nella Legge n. 259 del 14.11.2002.

principio generale della tassatività delle forme di esecuzione dei lavori pubblici definite dalla Legge n. 109/1994, pur ammettendone la deroga, ma alla sola condizione che sia la legge a prevederla.

Lo stesso dicasi per quanto concerne l'istituto del *leasing*. Difatti, premessa la maggior ampiezza - rispetto a quella nazionale - della nozione comunitaria di appalto, l'art. 16, par. 1, lett. *a* della Direttiva 2004/18 esclude l'applicazione della Direttiva per gli appalti pubblici *"aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni"*. Orbene, pur prescindendo dalla configurazione giuridica del *leasing*[178], va da sé che proprio per la particolare connotazione del contratto in questione, la pubblica amministrazione acquisterebbe un bene già realizzato e non appalterebbe, certamente, l'esecuzione dei relativi lavori. A voler ritenere il *leasing* come contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi sarebbe sufficiente per la pubblica amministrazione appaltare il relativo servizio per poi acquistare il bene immobile realizzato in spregio delle regole di evidenza pubblica relative agli appalti di lavori.

Dalla relazione ministeriale allo schema di decreto delegato si dà atto che le fattispecie negoziali tratteggiate presenterebbero una loro autonomia giuridica anche nel contesto speciale dell'ordinamento dei lavori pubblici - ossia sarebbero estranee all'istituto dell'appalto - tanto da essere in tal senso legittimate dalla stessa giurisprudenza amministrativa[179]. Ciò rischierebbe di aprire, appunto, un *vulnus* nella tassatività degli strumenti di esecuzione dei lavori pubblici, di fatto individuandone alcuni avulsi addirittura dalla nozione allargata di appalto. Il Governo, però, risolve la questione adducendo la riconducibilità della fattispecie negoziale del contratto di vendita di cosa futura nell'alveo della trattativa privata[180]. La tesi non può che lasciare perplessi alla luce del semplice fatto che la vendita non è una procedura di aggiudicazione (come la trattativa), ma strumento di esecuzione delle prestazioni, del ché delle due l'una: 1) o si

---

[178] Per la Suprema Corte la locazione finanziaria di immobile è inserita nella prestazione di servizi; in particolare v. Cass, Sez. I, 8.2.2000, n. 1362.

[179] In tal senso si riportano Cons. st. Ad Gen., 17.02.2000, n. 2 in *cons. St., 2001, I, 1009* ed in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., VI, I, 1.3.2005, n. 816 in Urb. e app. 2005, 944, con nota di G.M. RACCA V*endita di cosa futura e recesso corretto della parte pubblica dalle trattative.*

[180] Precisa la relazione in merito che: *"A ben vedere si tratta di ipotesi di trattativa privata prevista in termini generali anche per l'appalto"*.

tratta di appalto di lavori (circostanza negata dallo stesso relatore); 2) ovvero tale procedure risulta non ammissibile.

In estrema sintesi la tassatività delle forme dei contratti pubblici trova una propria *ratio* giustificatrice anche nell'esigenza di tutelare le regole della concorrenza sotto il profilo della trasparenza dell'azione amministrativa evitando che l'apertura a fattispecie ultronee possa essere causa di indebita ed indiretta violazione delle regole sugli appalti pubblici come avverrebbe nel caso in cui (ad es: *leasing*) l'appaltatore, pur essendo qualificato come prestatore di servizi, realizzi un lavoro pubblico per il quale i requisiti di qualificazione sono più stringenti. Il rischio è quello di lasciare eccessivi margini di discrezionalità alla pubblica amministrazione, che potrebbe essere tentata di avvalersi dei nuovi mezzi di esecuzione esclusivamente al fine di aggirare le rigide regole poste a tutela della concorrenza dalla normativa nazionale.

Rinviando a quanto detto sopra in merito ai contratti di servizi e forniture, occorre domandarsi quale sia la disciplina applicabile *medio tempore* in sostituzione delle norme sospese. In merito occorre osservare che il decreto-legge 12 maggio 2006, n. 173 non prevedeva alcunché in merito alla sospensione dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 163/2006 prevista, giova ricordarlo, per il 1° luglio 2006. La legge di conversione in esame (228/2006) è entrata in vigore il 13.07.2006 ossia il giorno successivo la data di pubblicazione del provvedimento sulla Gazzetta Ufficiale intervenuta il 12.07.2006. A tale data era, ovviamente, entrato in vigore anche l'art. 256 che prevedeva espressamente l'abrogazione della Legge n. 109/1994 e l'applicazione delle norme del Codice agli appalti i cui bandi fossero stati pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore. Ne consegue che:

1) dall'1.7.2006 la legge 109/1994 deve ritenersi abrogata;

2) gli appalti i cui bandi e/o avvisi siano stati pubblicati dopo l'1.7.2006 sono soggetti alle regole del nuovo Codice in materia di tipologie contrattuali e nuove procedure di aggiudicazione (artt. 53 ss) fino al 12.07.2006. La successiva sospensione dell'efficacia di tali disposizioni normative comporterebbe che ove, ad esempio un bando – pubblicato in tale arco temporale - abbia fatto riferimento al dialogo competitivo ovvero al leasing ai sensi delle norme del Codice dovrà ritenersi inefficace *in parte qua*;

3) il legislatore, con la legge n. 228/2006 (di conversione del D.L. n. 173/2006 che però, come detto, nulla prevedeva sul punto) si è premurato di regolamentare la situazione. Difatti il l'art. 1 *octies* della citata legge, al 2° comma, dispone testualmente che: *"Le procedure di cui al comma 1, lettera c)*[181]*, 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****"*. In estrema sintesi la norma in parola afferma (ma solamente per gli istituti disciplinati dagli artt. 53 - 1° e 2° comma – 56 e 57, 58 e 59) che per i primi dodici giorni di luglio (dal 1° al 12 essendo il 13 entrata in vigore la legge di conversione 228/2006) le norme del Codice si applicano integralmente ivi comprese quelle sospese; fino a qui, verrebbe da dire, nulla di nuovo. Il problema, però, si presenta riguardo alla seconda parte della norma in esame (2° comma, dell'art. 1 *octies* della L. n. 228/2006) nella parte in cui statuisce che **le disposizioni** dell'art. 256 del D.LGs. n. 163/2006 continuano ad applicarsi per il periodo che va dal 1° luglio 2006 al 31 gennaio 2007. La norma si presta ad un duplice significato: secondo alcuni[182] essa non farebbe altro che ribadire un dato di fatto consolidato ossia che l'art. 253 si applicherebbe anche nel periodo di sospensione degli articoli del Codice; in tale contesto l'inciso "disposizioni" farebbe

[181] Ossia la "liberalizzazione" del contenuto del contratto di appalto (art. 53); le procedure negoziate con e senza preventiva pubblicazione del bando di gara (artt. 56 e 57), il dialogo competitivo (art. 58) e gli accordi quadro (art. 59).

[182] L. BELLAGAMBA *"Verso la metempsicosi della Merloni"* in www.appaltiecontratti.it del 3.7.2006.

riferimento al dispositivo dell'art. 256 e non anche alle norme abrogate. Tale tesi non appare condivisibile, innanzitutto sotto il profilo prettamente letterale in quanto l'art. 1 *octies* fa riferimento alle disposizioni dell'art. 256 che è rubricato sotto il titolo *Disposizioni abrogate*; sotto tale aspetto (seppur limitato) sarebbe già possibile ritenere che le disposizioni che continuano ad applicarsi fino al 31.01.2007 ai sensi dell'art. 1 *octies* della legge n. 228/2006, sono proprio quelle abrogate dall'art. 256 ivi comprese ovviamente la legge n. 109/1994 ed i relativi regolamenti. Sotto il diverso profilo sostanziale, d'altro lato, viene da domandarsi a qual fine il legislatore della 228/2006 abbia inteso affermare l'applicazione dell'art. 256 anche al periodo transitorio 1° luglio 2006 – 31 gennaio 2007 se, in verità, la norma in questione non è mai stata sospesa. Si tratterebbe di una norma meramente ridondante che, a ben vedere, non avrebbe senso di esistere. Sotto il profilo teleologico occorre indagare l'obiettivo effettivamente perseguito dal legislatore della 228/2006. In questo senso egli ha sicuramente acquisito contezza dell'intervenuta abrogazione delle *disposizioni* contemplate dall'art. 256 del D.Lgs. n. 163/2006 a far data dal 1° luglio 2006. Sennonché la contestuale sospensione dell'art. 53 1° e 2° comma, nonché dell'art. 3, 7° comma del D.Lgs. n. 163/2006 farebbe venir meno qualsivoglia limitazione (peraltro già attenuata nell'art. 53 del d.Lgs. n. 163/2006) al contenuto del contratto di appalto ovvero all'uso della trattativa privata. Difatti la legge n. 109/1994 è stata abrogata ai sensi dell'art. 256 del D.Lgs. n. 163/2006 mentre la successiva sospensione delle norme del Codice di cui all'art. 3, 7° comma, e 53 1°, 2° e 3° comma del D.Lgs. n. 163/2006, ha generato un vero e proprio vuoto normativo, con la conseguenza dell'inevitabile ricorso alla normativa europea già vigente e, dunque, al venir meno della tassatività delle forme per i contratti di appalto ed alla praticabilità della trattativa privata nel rispetto delle sole regole delle Direttiva 18/2004 e 17/2004;

4) è, altresì, opportuno sottolineare che le disposizioni di cui all'art. 256 del D.Lgs. n. 163/2006 sono state abrogate a far data dal 1° luglio 2006 e non sarà certamente sufficiente il

richiamo (peraltro indiretto) operato dalla legge 228/2006 a consentirne la reviviscenza (ammesso che ciò sia possibile);

5) Ne consegue, dunque, che la legge 109/1994 e le altre disposizioni richiamate dall'art. 256 del D.Lgs. n. 163/2006, dovranno ritenersi tutt'oggi inefficaci.

6.2. Le procedure di aggiudicazione

L'art. 53, dal 3° comma è immediatamente applicabile. Le principali novità rispetto alla previgente regolamentazione di cui all'art. 19 della Legge n. 109/1994 riguardano:

a) la determinazione del corrispettivo dell'appalto: restano fermi i tre criteri "a corpo", "a misura" e "misto a corpo e misura", ma la scelta è discrezionalmente rimessa alla pubblica amministrazione che dovrà compierla nella determinazione a contrarre nel rispetto delle condizioni indicate dall'emanando regolamento. Nella Legge n 109/1994 era posta una scala gerarchica fra i criteri adottando il criterio a corpo ovvero misto a corpo e misura quali criteri generali e quello a misura, invece, eccezionale e circoscritto ai casi determinati dalla legge;

b) per quanto concerne, invece, la sostituzione delle somme da erogare con la proprietà di un bene immobile in favore dell'aggiudicatario, il 6° comma, dell'art. 53 prevede che oggetto della sostituzione possano essere oltre che i beni immobili privi di interesse pubblico ed inseriti nel programma triennale dei ll.pp., anche *"i beni immobili già inclusi in programmi di dismissione del patrimonio pubblico…"*;

c) di particolare impatto potrebbe, invece, rivelarsi la previsione di cui all'art. 53 comma 12 del D.Lgs. n. 163/2006 secondo cui: "*L'inserimento nel programma triennale di cui all'articolo 128, dei beni appartenenti al patrimonio indisponibile delle amministrazioni aggiudicatrici, al fine del loro trasferimento ai sensi del comma 6, determina il venir meno del vincolo di destinazione"*. Si tratta chiaramente di una **terza tipologia** (forse quella più importante) dei beni immobili che potranno essere oggetto della sostituzione con il prezzo e che si affianca ai beni inseriti nella programmazione e che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico ed ai beni oggetto dei programmi di dismissione. Basta leggere l'art. 826 del Codice

civile per rendersi conto della portata dirompente della norma in parola. Difatti l'art. 826 dispone che: *"Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato le foreste che a norma delle leggi in materia costituiscono il demanio forestale dello Stato [1] , le miniere, le cave e torbiere quando la disponibilità ne è sottratta al proprietario del fondo, le cose d'interesse storico, archeologico, paletnologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo, i beni costituenti la dotazione della presidenza della Repubblica, le caserme, gli armamenti, gli aeromobili militari e le navi da guerra. Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato o, rispettivamente, delle province e dei comuni, secondo la loro appartenenza, gli edifici destinati a sede di uffici pubblici, con i loro arredi, e gli altri beni destinati a un pubblico servizio".* Attesa la particolare rilevanza dei beni in oggetto, sarebbe stato opportuno condizionare in maniera più stringente il venir meno del relativo vincolo; consentire che il mero inserimento del bene nel programma triennale determini la fine della sua indisponibilità, rischia di aprire la via a scelte poco oculate ove a fronte di presunti interventi di "*mecenatismo*" da parte di imprenditori privati, l'amministrazione rischi di concedere molto più di quanto ricevuto, rinnovando abusi legittimati sotto copertura di operazioni *lato sensu* consensuali. Le pratiche distorsive collegate all'urbanistica consensuale, nonché al *project financing* giustificano tali timori.

6.3. Le procedure negoziate

In via generale le procedure di aggiudicazione per l'individuazione degli offerenti sono:

1) la procedura aperta e le procedure ristrette (art. 55);

2) le procedure negoziate con e senza pubblicazione del bando di gara (artt. 56 e 57);

3) il dialogo competitivo (art. 58);

4) l'accordo quadro (art. 59);

5) i sistemi dinamici di acquisizione (art. 60).

Ai sensi dell'art. 54 del Codice[183] le procedure di cui al punto sub 1) (aperte e ristrette) rivestono carattere generale nel senso che potranno essere esperite in tutti i casi garantendo al massimo la trasparenza; di contro le altre procedure sono connotate da una spiccata nota di specialità potendo essere avviate esclusivamente nei casi tassativamente indicati dalla legge[184]. Riguardo alle procedure aperte e ristrette non sussistono significative modifiche rispetto alla disciplina precedente se non il venir meno dell'obbligatorietà del ricorso al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso qualora si avvii una procedura aperta e del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa qualora di contro la procedura di aggiudicazione sia quella ristretta. Peraltro tali limiti erano stati già erosi dalla giurisprudenza comunitaria e dalla legge n. 166/2002[185].

Le procedure negoziate (ossia le trattative private) sono disciplinate dagli artt. 56 (con preventiva pubblicazione di un bando di gara) e 57 (senza preventiva pubblicazione del bando di gara). Entrambe le norme sono state sospese dall'art. 1 *octies* della Legge 228/2006 fino all'1.2.2007, ma **limitatamente ai soli settori ordinari** e non anche per quelli speciali di cui alla Parte III (artt. 206 ss.) del D.Lgs. n. 163/2006. Si tratta di previsioni stringenti e tassative sia riguardo ai **casi** che **alle condizioni** in presenza delle quali possa ritenersi esperibile la tipologia procedurale in parola[186].

Le norme in parola recepiscono gli articoli 30 e 31 della Direttiva 2004/18 estendendone però – ed è questo il profilo più innovativo – la portata applicativa anche agli appalti d'importo inferiore alla soglia

---

[183] In particolare del 2° comma secondo cui: "*Esse aggiudicano i contratti mediante procedura aperta o mediante procedura ristretta*".

[184] In particolare l'art. 54 3° e 4° comma secondo cui: "*3°. Alle condizioni specifiche espressamente previste, le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante il dialogo competitivo.*"; e *"4. Nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previste, le stazioni appaltanti possono affidare i contratti pubblici mediante una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara.*".

[185] In particolare si veda Corte di Giustizia UE, Sez. II, sent. 7.10.2004, C-247/2002 la quale ha dichiarato la non conformità al diritto europeo dell'art. 21 della Legge n. 109/1994 e successive modificazioni nella parte in cui non consentiva alle amministrazioni aggiudicatici di scegliere il criterio di aggiudicazione a prescindere dalla procedura selettiva (aperta o ristretta) avviata. Giova, altresì, rilevare che la legge delega n. 62/2005, nel delineare i criteri della delega, rinvia espressamente a tale statuizione.

[186] Si noti la differenza rispetto al dialogo competitivo per il quale la norma vincola l'operato della pubblica amministrazione limitatamente alle condizioni, ma non anche ai casi che, difatti, non sono tassativamente indicati.

comunitaria; difatti sia l'art. 121 del D.Lgs. n. 163/2006 che le speciali norme che disciplinano i contratti pubblici di lavori (art. 122) e di servizi e forniture (art. 124) richiamano espressamente e non derogano (fatta eccezione per quanto si dirà relativamente ai ll.pp.) le norme della Parte II del Codice relative alle procedure negoziate[187].

Tutto ciò, rispetto alla disciplina dei servizi e delle forniture, rappresenta un dato di assoluta novità, in quanto tali contratti, nel pregresso sistema, erano privi di una specifica disciplina e tale vuoto era colmato con il ricorso alle norme attinenti alla contabilità di Stato[188]. In particolare, relativamente alla individuazione dei casi in cui fosse esperibile la trattativa privata, si era soliti ricorrere alla previsione di cui all'art. 41 del R.D. n. 827/1924 secondo il quale: "*Si procede alla stipulazione dei contratti a trattativa privata:*

1) quando gl'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;

---

[187] In particolare l'art. 121, 1° comma del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che: "*1. Ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si applicano oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV e della parte V,* ***anche le disposizioni della parte II, in quanto non derogate dalle norme del presente titolo****"*. Fra le norme della Parte II rientrano anche gli artt. 56 e 57 sulle procedure negoziate che non vengono derogate dagli artt. 122 e 124 quanto meno per ciò che concerne l'individuazione dei casi in cui siano praticabili tali due procedure.

[188] L. n. 2440/1923 e R.D. n. 827/2004.

6) È 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".

Rispetto a tale norma, e sempre limitatamente ai contratti di servizi e forniture, il Codice - che peraltro non abroga specificatamente l'art. 41 citato – amplia il novero dei casi in cui la procedura in questione potrà essere esperita dalla pubblica amministrazione, già per ciò solo aderendo ad una posizione sicuramente meno restrittiva rispetto a quella della pregressa normativa.

Ben più rilevanti sono le modifiche riguardo al settore dei lavori pubblici sotto soglia regolamentato dall'art. 24 della Legge n. 109/1994. Quest'ultima disposizione, come noto, distingueva tre soglie di valore per l'affidamento dei lavori sotto soglia mediante trattativa privata:

a) lavori di importo inferiore ai 100.000 €;

b) lavori d'importo compreso fra 100.000 € e 300.000 €, nel rispetto delle condizioni di cui al citato art. 41 R.D. n. 827/1924;

c) lavori d'importo superiore ai 300.000 €, qualora si trattasse di ripristinare opere già esistenti e funzionanti e rese inutilizzabili a seguito di eventi di natura calamitosa.

Gli artt. 56 e 57 del Codice realizzano un allineamento con le norme della Direttiva anche per gli appalti di lavori sotto soglia, abrogando la previsione di cui al citato art. 24 della Legge Merloni, ed estendendo a questi ultimi, i casi e le condizioni previste per l'esperimento delle procedure sopra soglia. L'ambito oggettivo di operatività della procedura negoziata è poi, esteso dall'art. 122, 7° comma del D.Lgs. n. 163/2006, anche agli appalti di lavori d'importo pari o inferiore ai 100.000 €; trattasi, però, di un'applicazione generalizzata della procedura negoziata ossia praticabile ogni qual volta i lavori da appaltare rientrino nel parametro di valore indicato, a prescindere dalla sussistenza o meno dei casi e delle condizioni di cui agli artt. 56 e 57 del medesimo D.Lgs n. 163/2006[189]. Il caso in parola che riprende la previsione normativa di cui al comma 01

[189] Dispone, difatti l'art. 122, 7° comma, che *"La procedura negoziata e' ammessa, **oltre** che nei casi di cui agli articoli 56 e 57, **anche** per lavori di importo complessivo non superiore a centomila euro".*

dell'art. 24 della Legge n. 109, pur essendo svincolato dall'applicazione degli artt. 56 e 57 del Codice, è tuttavia soggetto alle regole di cui all'art. 27 che, con previsione di carattere generale, impone che l'affidamento dei contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice, debba comunque avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento dovrà essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto.

La disciplina della procedura negoziata per i lavori sotto soglia presenta profili peculiari anche per quanto concerne la realizzazione delle opere di urbanizzazione sotto soglia. A tal fine l'art. 122, 8° comma distingue fra opere di urbanizzazione primaria e secondaria statuendo che solamente queste ultime debbano essere affidata mediante procedura ad evidenza pubblica, mentre le prime possano essere affidate in via diretta al titolare del permesso di costruire. Sull'anomalia di tale distinzione si rinvia alle considerazioni di cui sopra.

Sotto il profilo più strettamente giuridico, però, tale azione di allineamento fra ordinamento statale ed europeo solleva alcune perplessità prima fra tutte la conformità al contenuto della delega di cui alla Legge n. 62/2005. Fermo restando quanto già detto sopra, qui occorre ulteriormente sottolineare che anche a voler interpretare estensivamente la portata della delega, da intendersi dunque come legittimante la vasta attività di conformazione del nostro ordinamento alle regole europee in materia di appalti, non si intravede la necessità di includervi anche la modifica dei casi di trattativa privata per gli appalti sotto soglia ancorché più restrittiva.

Difatti il caso in questione è notevolmente diverso da quello che ha originato l'intervento cassatorio della Corte di Giustizia sul rapporto fra criterio di aggiudicazione e procedura di aggiudicazione ed al quale la norma del Codice sembrerebbe appoggiarsi[190]. In quest'ultimo caso, siffatto collegamento esautorava il margine di apprezzamento discrezionale della pubblica amministrazione e potenzialmente incideva negativamente anche sulla concorrenza pregiudicando, nella sua immutabilità, la maggior capacità tecnica dei concorrenti offuscata da un criterio di aggiudicazione

[190] In particolare emergerebbe dal dibattito parlamentare (VIII Commissione – Seduta del 15.02.2006 – On. Stradella) che le norme sulla procedura negoziata – al pari di quelle sui criteri di aggiudicazione – sarebbero norme *self executing* ed in quanto tali il legislatore nazionale dovrebbe rimetterne l'applicazione alla discrezionale valutazione della pubblica amministrazione in quanto a queste ultime direttamente rivolte.

di carattere esclusivamente economico sì come incentrato esclusivamente sul maggior ribasso praticabile sulla base d'asta. In questo senso la Corte di Giustizia[191] ha statuito che: "*L'art. 30, n. 1, della Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, dev'essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso".* In particolare, precisa la Corte (punti 39 – 40 – 41), che: *"Una disposizione nazionale, come quella oggetto della causa principale, che restringe la libertà di scelta dell'amministrazione aggiudicatrice, nell'ambito delle procedure di gara aperte o ristrette, imponendo il ricorso al prezzo più basso quale unico criterio di aggiudicazione, non impedisce alle amministrazioni aggiudicatici di procedere al raffronto tra le singole offerte e di individuare la migliore sulla base di un criterio oggettivo preventivamente fissato, ricompreso appunto tra quelli indicati all'art. 30, n. 1, della Direttiva. Tuttavia, la fissazione da parte del legislatore nazionale, in termini generali ed astratti, di un unico criterio di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici priva le amministrazioni aggiudicatici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta. Nella causa principale il giudice del rinvio ha proprio sottolineato la complessità, sul piano tecnico, dell'opera da realizzare e, conseguentemente, l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe potuto tener utilmente conto di tale complessità scegliendo criteri di aggiudicazione dell'appalto oggettivi, come quelli indicati, a titolo esemplificativo, all'art. 30, n. 1, lett. b), della Direttiva".*

Anche la *ratio* a supporto delle specifiche previsioni del Codice si palesa, pertanto criticabile. Difatti che la disciplina della legge Merloni sulla trattativa privata (ovvero quella della legge di contabilità di Stato per i servizi e le forniture) fosse più restrittiva rispetto a quella europea non rappresenta un'anomalia, né, tanto meno, contrasta con i principi che presidiano la tutela della concorrenza, per il semplice fatto che la procedura

[191] Sentenza della Corte (Seconda Sezione) 7 ottobre 2004 nel procedimento C-247/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia): Sintesi SpA contro Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici.

negoziata è, per sua stessa intrinseca natura, sostanzialmente elusiva dei principi della concorrenza tanto da essere consentita in situazioni eccezionali e tassativamente individuate. Restringere, dunque, l'ambito di applicabilità della procedura negoziata non può voler significare restringere, ma piuttosto amplificare, la portata del principio della concorrenza. Chè, poi, gli artt. 30 e 31 della Direttiva 2004/18/Ce siano norme *self executing* è dato che francamente non sembra capace di modificare le opinioni espresse solo che si consideri che la normativa europea afferisce solamente ad appalti che eguaglino o superino una determinata soglia di valore. Di contro, invece, la legittimità ed opportunità dei limiti posti dall'ordinamento interno alla procedura negoziata appare suffragata dalla considerazione che gli appalti di valore compresi nella soglia infracomunitaria (ossia secondo il vecchio regime: fra 100.000 € ed il controvalore in euro di 5 milioni di D.S.P.) rappresentavano (e rappresentano) una grossa fetta del mercato interno dei lavori pubblici. Estendere l'ambito di operatività della trattativa privata (*rectius*: della procedura negoziata) agli appalti che rientrino in tale *range* di valore, vorrebbe significare in realtà dire – ancorché in via solamente potenziale – restringere la concorrenza e non certamente ampliarne la tutela.

Per quanto concerne i casi nei quali la procedura negoziata sia praticabile, occorre distinguere fra i casi per i quali la legge richiede la preventiva pubblicazione del bando di gara e quelli che, invece, non la richiedono.

Per i primi, l'art. 56, 1° del D.Lgs. n. 163/2006 – il quale, si ricordi, è fino all'1.2.2007 sospeso - dispone che la trattativa privata previa pubblicazione di un bando di gara possa avvenire nei seguire casi:

> *"a) quando, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate sono irregolari ovvero inammissibili, in ordine a quanto disposto dal presente Codice in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Le stazioni appaltanti possono omettere la pubblicazione del bando di gara se invitano alla procedura negoziata tutti i concorrenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 34 a 45 che, nella procedura precedente, hanno presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima. Le disposizioni di cui alla presente*

lettera si applicano ai lavori di importo inferiore a un milione di euro;

b) in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, servizi, forniture, la cui particolare natura o i cui imprevisti, oggettivamente non imputabili alla stazione appaltante, non consentano la fissazione preliminare e globale dei prezzi;

c) limitatamente ai servizi, nel caso di servizi rientranti nella categoria 6 dell'allegato II A e di prestazioni di natura intellettuale, quali la progettazione di opere, se la natura della prestazione da fornire renda impossibile stabilire le specifiche del contratto con la precisione sufficiente per poter aggiudicare l'appalto selezionando l'offerta migliore secondo le norme della procedura aperta o della procedura ristretta;

d) nel caso di appalti pubblici di lavori, per lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto, e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e sviluppo".

Sotto il profilo procedimentale le norme del Codice rimettono alla discrezionalità della pubblica amministrazione la facoltà, dandone preventiva e specifica informazione nel bando e/o nell'avviso di gara, di articolare in più fasi la predetta procedura al fine specifico di ridurre il numero delle offerte da negoziare[192]. La previsione in parola tende ad irrigidire l'iter procedurale legittimando la pubblica amministrazione ad auto – limitare (la previsione è facoltativa) la propria discrezionalità nella selezione delle offerte con le quali "negoziare" l'aggiudicazione del contratto. Lo schema descritto presenta analogie con gli istituti della licitazione privata e della "forcella"; difatti anche in questo caso, come nel caso della procedura negoziata di cui all'art. 56, 4° comma, del Codice, la fase della partecipazione è aperta non alle sole imprese invitate e/o discrezionalmente individuate dalla pubblica amministrazione, ma a tutte le imprese che siano in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti con un evidente ampliamento della concorrenza sotto il profilo della partecipazione. Solo nella successiva fase della negoziazione (ovvero

[192] Dispone il 4° comma del citato art. 56 che: "*Le stazioni appaltanti possono prevedere che la procedura negoziata si svolga in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare applicando i criteri di aggiudicazione indicati nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. Il ricorso a tale facoltà è indicato nel bando di gara o nel capitolato d'oneri".*

dell'aggiudicazione per quanto concerne la licitazione privata) la pubblica amministrazione procederà alla valutazione meritocratica delle stesse secondo i criteri individuati nel bando e, conseguentemente, ad invitare le imprese prescelte.

Per quanto concerne, invece, i casi nei quali la pubblica amministrazione potrà procedere all'aggiudicazione mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara essi sono così individuati dall'art. 57 del D.Lgs. n. 163/2006:

1) **nei contratti pubblici relativi a lavori, forniture, servizi**:

a) qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Alla Commissione, su sua richiesta, va trasmessa una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla opportunità della procedura negoziata. Le disposizioni contenute nella presente lettera si applicano ai lavori di importo inferiore a un milione di euro;

b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;

c) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti.

2) **nei contratti pubblici relativi a forniture**:

a) qualora i prodotti oggetto del contratto siano fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo, a meno che non si tratti di produzione in quantità sufficiente ad accertare la redditività del prodotto o a coprire i costi di ricerca e messa a punto;

b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso

corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;

c) per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime;

d) per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato preventivo, di una liquidazione coatta amministrativa, di un'amministrazione straordinaria di grandi imprese;

3) **nei contratti pubblici relativi a servizi**:

a) qualora il contratto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso; in quest'ultimo caso tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati;

4) **nei contratti pubblici relativi a lavori e negli appalti pubblici relativi a servizi**:

a) per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale nè nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni:

a.1) tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento;

a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale;

b) per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale, e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi e lavori successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28.

Alcune delle fattispecie in questione prospettano difficoltà interpretative, fra queste quelle di cui al punto 1, lett. a) nella parte in cui fa esplicito riferimento alle ipotesi:

- mancata presentazione delle offerte;
- mancata presentazione di offerte appropriate;
- mancata presentazione di candidature.

Nulla quaestio per i casi di assenza di domande di partecipazione ovvero di presentazione delle offerte, mentre occorre soffermarsi occorre soffermarsi sull'inciso *"offerte appropriate"* che preludono al caso – diverso rispetto al precedente – di offerte che pur essendo state presentate non possono essere utilmente valutate dalla pubblica amministrazione in quanto, appunto, inappropriate. In particolare occorre raccordare l'inciso in parola con i riferimenti, operati dal citato art. 56, alle offerte *irregolari* ovvero *inammissibili.* È possibile ricostruire il seguente quadro:

1) inammissibili dovranno essere considerate tutte quelle offerte che presentino, fin dal momento del loro deposito dei difetti e/o deficit di tale gravità, da non poter essere prese in considerazioni dalla Commissione giudicatrice[193];

2) irregolari dovranno essere considerate tutte quelle offerte che, pur potendo considerarsi ammissibili – ed in quanto tali potranno essere potenzialmente valutabili dalla commissione

[193] Ad es. i lembi della busta non sono cerolaccati pur essendo l'adempimento prescritto dal bando di gara.

– presentano carenze e/o deficit di contenuto più o meno gravi che impediscono alla Commissione di tenerne conto ai fini dell'aggiudicazione;

3) inappropriate, infine, dovranno ritenersi quelle offerte che, chiaramente ammissibili e regolari, presentino un contenuto che, alla luce di un apprezzamento discrezionale della Commissione, siano insuscettive di aggiudicazione finale[194]. In quest'ultimo caso, dunque, a differenza dei casi precedenti, la valutazione dell'offerta cade esclusivamente sul merito della stessa.

Per quanto riguarda il caso della *"estrema urgenza"* occorre sottolineare che la norma del Codice supera i limiti del previgente regime, estendendo l'ambito di operatività della procedura negoziata. Difatti, in particolare per la realizzazione dei lavori pubblici l'urgenza ai fini della trattativa provata era valutata sotto un duplice profilo: 1) ai sensi dell'art. 41 del R.D. n. 827/1924 per i soli lavori d'importo non eccedente i 300.000 €; 2) senza limiti d'importo, ma solamente nel caso di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi calamitosi[195]. Il Codice, invece, estende l'operatività dell'urgenza ai fini dell'esperimento della procedura negoziata a prescindere dai limiti di importo e dalla tipologia delle opere.

Infine occorre sottolineare la differenza fra "*lavori e servizi complementari*" e "*lavori e servizi analoghi*" di cui all'art. 57 comma, 5 lett a) e b) del D.Lgs. n. 163/2006 (punto 4).

Per quanto concerne i profili procedimentali, il 6° comma dell'art. 57 rimette alla stazione appaltante la scelta dei candidati da invitare alla negoziazione mediante specifica lettera di invio nella quale siano indicati i contenuti della prestazione da affidare. L'invito dovrà essere rivolto ad almeno tre concorrenti e l'individuazione dovrà avvenire, sempre ai sensi della norma citata, sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione. Resta ferma la condizione della necessaria qualificazione tecnico,

---

194 Si pensi, ad esempio, alle offerte anomale.

195 Si veda l'art. 24, comma 1, lett. b) e c) della Legge n. 109/1994. Per un primo commento sul punto si veda R. MANGANI in *speciale Codice appalti*, 36 ss., Ed. Terr. n. 17/2006.

economica, finanziaria dell'aggiudicatario il cui possesso dovrà essere accertato dalla pubblica amministrazione

6.4. Il dialogo competitivo

L'art. 58 del D.lgs. n. 163/2006 disciplina una delle principali novità introdotte dalla Direttiva 2004/18[196]: il dialogo competitivo. Anche in questo caso, come in quello delle procedure negoziate, l'entrata in vigore della norma è stata rinviata alle gare bandite a partire dall'1.2.2007, dall'art. 1 – *octies* della Legge n. 228/2006 di conversione del D.L. 12.05.2006 n. 173[197]. Tuttavia è opportuno ugualmente tratteggiare le caratteristiche essenziali dell'istituto.

Il dialogo competitivo, trattato nel considerando (31) della Direttiva n. 18/2004, è disciplinato espressamente dall'art. 29 nonché dall'art. 11 della medesima Direttiva. La *ratio* sottesa alla creazione dell'istituto risiede nella necessità di dotare le amministrazioni aggiudicatrici di uno strumento flessibile capace di sopperire, alla presenza di interventi estremamente complessi sotto il profilo tecnico e finanziario, all'incapacità delle stesse di individuare gli strumenti attraverso i quali soddisfare le proprie istanze e, conseguentemente, all'incapacità di individuare adeguatamente oggetto e caratteristiche della prestazione oggetto del contratto.

Ai sensi dell'art. 1, comma, 11, lett. c) della Direttiva 18/2004 il dialogo competitivo è *".....una procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale l'amministrazione aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati ammessi a 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 saranno invitati a presentare le offerte".* La procedura in esame, pertanto, è strumentale al raggiungimento degli obiettivi di semplificazione, snellimento e modernizzazione procedurale che presiedono l'adozione della Direttiva medesima. Si tratta di una procedura di aggiudicazione la quale, peraltro, non rappresenta un'assoluta novità nel panorama normativo comunitario in

---

[196] Titolo II, Sezione 4, Capo V, artt. 28-34, della Direttiva 18/2004.

[197] Va fin d'ora rilevato che il dialogo competitivo è uno di quegli istituti per i quali la Direttiva 18/2004 non può ritenersi *self executing* in quanto la sua attivazione è rimessa alla facoltà dei singoli Stati membri, che non sono a ciò obbligati. In questo senso, dunque, la sospensione degli effetti dell'art. 58 del D.Lgs. n. 163/2006 preclude a monte alle amministrazioni aggiudicatici di avvalersi di tale procedura.

materia di appalti, e che ha trovato un definitivo inquadramento solamente nell'ultima versione della Direttiva[198]; essa rappresenta il risultato di un ricercato (da parte del legislatore) punto di equilibrio fra esigenze sostanzialmente contrapposte quali la flessibilità e la semplificazione procedimentale da un lato, e la tutela della *par condicio* e della trasparenza dall'altro.

A quest'ultimo proposito il considerando (31) della Direttiva 18/2004 esplicita che nella misura in cui il ricorso a procedure aperte o ristrette non consenta di aggiudicare detti appalti, occorre prevedere una procedura flessibile che salvaguardi sia la concorrenza tra operatori economici, sia la necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di discutere con ciascun candidato tutti gli aspetti dell'appalto.

È d'altra parte evidente il rischio che grava sull'effettività della concorrenza alla presenza di procedure particolarmente snelle ossia svincolate da rigidi legami procedurali; di tutto ciò il legislatore comunitario, e tramite esso anche quello nazionale, ha preso atto definendo un preciso *iter* procedimentale.

Il 1° comma, dell'art. 58 del D.Lgs. n. 163/2006 – che all'uopo ricalca il dettato dell'art. 29 della Direttiva 2004/18/Ce – subordina l'attivazione della procedura del dialogo competitivo ad una duplice condizione:

1) una, di carattere oggettivo, risiede nella particolare complessità dell'appalto;

2) l'altra, alla quale è sotteso un profilo discrezionale, consiste nella valutazione prognostica, effettuata dall'amministrazione aggiudicatrice, circa l'impossibilità di

[198] La versione iniziale della Direttiva prevedeva, infatti, in luogo di tale dialogo competitivo il ricorso ad una "*trattativa privata*" con preventiva pubblicazione del bando di gara. Tale impostazione è stata criticata nel corso dell'iter di discussione della Direttiva (in particolare si veda il Comitato delle regioni nel parere del 16.05.2001 in GUCE C 144/24) ed, infine, sostituita nella versione definitiva. Si veda in proposito quanto stabilito dal Consiglio, nella posizione comune del 24.06.2003 in GUCE C 147 E/132 - emendamento 9, nella parte in cui dispone che : "*Il consiglio non ha potuto accogliere questo emendamento. Ha convenuto di introdurre una nuova procedura invece di creare una nuova fattispecie per la procedura negoziata preceduta da pubblicazione…".* In dottrina v. R. SCREPANTI - G. PASQUINI *Le procedure: i nuovi strumenti di flessibilità* in *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici* di L. FIORENTINO - C. LACAVA *cit.* 75 ss.

addivenire all'aggiudicazione dell'appalto mediante una procedura aperta e/o ristretta[199].

La prima delle condizioni summenzionate riveste, come precisato, un carattere eminentemente oggettivo, i cui contenuti sono, peraltro, specificati e chiariti dal disposto di cui al 2° comma dell'art. 58[200] secondo il quale un appalto è "*particolarmente complesso*" qualora la stazione appaltante:

1) non sia oggettivamente in grado di definire, conformemente all'articolo 68, comma 3, lettere b), c) o d)[201], i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi;

2) non sia oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto;

3) qualora, secondo le circostanze concrete, non disponga, a causa di fattori oggettivi ad essa non imputabili, di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni o all'individuazione dei mezzi strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, alle caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e all'analisi dello stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche,

---

199 Dispone in merito l'art. 58, 1° comma, del D.Lgs. n. 163/2006 che: "*Nel caso di appalti particolarmente complessi, qualora ritengano che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto, le stazioni appaltanti possono avvalersi del dialogo competitivo conformemente al presente articolo*".

200 Art. 1, comma 11, lett. c) della Direttiva 2004/18/Ce.

201 La norma in parola fa riferimento alla individuazione delle specifiche tecniche e precisa che: *"3. Fatte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie, nei limiti in cui sono compatibili con la normativa comunitaria, le specifiche tecniche sono formulate secondo una delle modalità seguenti:*

a) mediante riferimento a specifiche tecniche definite nell'allegato VIII, e, in ordine di preferenza, alle norme nazionali che recepiscono norme europee, alle omologazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o, se questi mancano, alle norme nazionali, alle omologazioni tecniche nazionali o alle specifiche tecniche nazionali in materia di progettazione, di calcolo e di realizzazione delle opere e di messa in opera dei prodotti. Ciascun riferimento contiene la menzione «o equivalente»;

b) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, che possono includere caratteristiche ambientali. Devono tuttavia essere sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle stazioni appaltanti di aggiudicare l'appalto;

c) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali di cui alla lettera b), con riferimento alle specifiche citate nella lettera a), quale mezzo per presumere la conformità a dette prestazioni o a detti requisiti;

d) mediante riferimento alle specifiche di cui alla lettera a) per talune caratteristiche, e alle prestazioni o ai requisiti funzionali di cui alla lettera b) per le altre caratteristiche".

nonché sulle componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche[202].

È possibile rilevare, dunque, come si possa parlare di appalto "*particolarmente complesso*" qualora, alternativamente[203], l'amministrazione non sia a monte in grado di individuare lo "*strumento*" (ad esempio la soluzione tecnica più opportuna) in grado di soddisfare le proprie esigenze ovvero pur avendolo individuato sia nell'impossibilità di valutarne adeguatamente le implicazioni di ordine giuridico e finanziario. Si tratta di due aspetti logicamente connessi e dei quali il primo è chiaramente prodromico al secondo, palesando l'incapacità dell'amministrazione di individuare il "mezzo" idoneo a soddisfare le proprie esigenze. Il considerando (31) della Direttiva 2004/18 individua, fra l'altro, anche alcune tipologie di progetti "particolarmente complessi"; si tratta, ovviamente, di un'elencazione esemplificativa e non certamente tassativa che comprende in particolare: 1) importanti progetti di infrastruttura di trasporti integrati; 2) progetti di grandi reti informatiche; 3) progetti che comportano un finanziamento complesso e strutturato di cui non è possibile stabilire in anticipo l'impostazione finanziaria e giuridica.

La seconda condizione, invece, ha carattere soggettivo in quanto la sua sussistenza è rimessa ad una valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice circa l'impossibilità di aggiudicare l'appalto attraverso il ricorso alla procedura aperta e/o ristretta. Trattasi di valutazione ampiamente discrezionale che presenta, però, profili preminentemente tecnici piuttosto che amministrativi; in tal senso lascerebbe deporre l'inciso di cui al 1° comma, dell'art. 58 del Codice lì dove condiziona il ricorso al dialogo alla circostanza che le procedure ordinarie non permettano l'aggiudicazione dell'appalto. La perentorietà dell'inciso "*non permette*" lascerebbe trasparire che nella propria valutazione la pubblica amministrazione debba esaminare fatti e/o situazioni sulla base di cognizioni tecniche di carattere specialistico capaci di condizionarne l'apprezzamento discrezionale. D'altra parte una diversa impostazione della questione che fosse volta ad individuare nella valutazione della pubblica

---

[202] Il punto in esame rappresenta, in realtà, una novità rispetto al dettato della norma comunitaria la quale limitava e limita i casi esclusivamente a quelli indicati dai punti 1 e 2.

[203] Le due condizioni oggettive citate dall'art. 58, 2° comma, del D.LGs. n. 163/2006 – così come quelle dettate dall'art. 1, 11° comma, lettera c) della Direttiva 18/2004 – sono alternative e non cumulative come lo stesso testo del D.Lgs. (e della Direttiva) precisa attraverso l'uso della particella disgiuntiva "o". Sarà dunque sufficiente il verificarsi anche di una sola di tali condizioni perché possa parlarsi di appalto "*particolarmente complesso*".

amministrazione una discrezionalità di tipo amministrativo, creerebbe grave incertezza in merito al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica.

L'art. 58 disciplina, poi, gli aspetti procedurali del dialogo competitivo che si articola sostanzialmente in tre fasi distinte:

- un negoziato con i partecipanti selezionati volto ad individuare la soluzione o le soluzioni volte a soddisfare le esigenze della stazione appaltante;
- la presentazione delle offerte degli operatori economici che abbiano preso parte al negoziato;
- l'attribuzione del contratto al migliore offerente.

Nel dialogo competitivo è dunque presente sostanzialmente una prima fase negoziale (quella del dialogo), una successiva relativa, invece, all'aggiudicazione e quella finale afferente al perfezionamento del contratto.

Ai sensi dell'art. 58, le amministrazioni aggiudicatrici, prima di tutto, sono tenute a pubblicare un bando di gara nel quale dovranno essere specificate rispettivamente: le loro necessità ed esigenze[204]; i requisiti di qualificazione *ex* artt. 34 – 46 richiesti per la partecipazione al dialogo; il criterio di aggiudicazione ed il termine di presentazione delle domande. Una prima questione sorge in merito alla qualificazione dei candidati da invitare al dialogo, in quanto i requisiti individuati dagli art. 34 - 46 del Codice sono strutturati sulla base di specifiche tecniche ed economiche dell'intervento ben definite, parametri che, invece, per definizione, mancano nel caso di ricorso alla procedura del dialogo competitivo[205]. La Commissione europea, in sede di redazione della Direttiva 2004/18, ha ritenuto di poter superare *l'impasse*, sottolineando l'importanza del documento descrittivo ovvero delle indicazioni del bando circa le esigenze della amministrazione aggiudicatrice che la soluzione proposta dovrà essere in grado di soddisfare e che, ancorché non integrino un vero e proprio capitolato, dovrebbero essere comunque in grado di garantire la qualificazione dei concorrenti e fissare i criteri di aggiudicazione. Le

---

[204] Tali esigenze potranno essere altresì specificate in un apposito *documento descrittivo* che dovrà ritenersi parte integrante del bando medesimo.

[205] Esprime tali timori anche l'emendamento n. 137 proposto dal Parlamento europeo alla proposta di Direttiva.

amministrazioni aggiudicatici sono tenute a garantire la parità di trattamento di tutti i candidati evitando, in particolare, di fornire in modo discriminatorio informazioni che possano favorire alcuni candidati rispetto ad altri[206].

L'art. 58, 8° comma del D.Lgs. n. 163/2006 detta, invece, una precisa prescrizione in merito alla tutela del "diritto d'autore" in favore del proponente delle soluzioni progettuali vietando alle amministrazioni aggiudicatrici di divulgare agli altri partecipanti le soluzioni proposte da un candidato qualora non vi sia il consenso di quest'ultimo. Resta, invece, insoluto il problema, pur sollevato durante il dibattito per l'approvazione della Direttiva, riguardante specificamente il rischio, nel quale incorrerebbero le amministrazioni aggiudicatici, di vedersi prospettare, da parte degli operatori economici che avessero presentato la "soluzione tecnica" ritenuta più convincente dall'amministrazione, il diritto di proprietà intellettuale sulla stessa con il consequenziale pagamento di un corrispettivo a prescindere dall'uso che di tale soluzione facesse poi l'amministrazione[207].

La durata del dialogo è indeterminata; esso potrà proseguire fino a quando l'amministrazione non sia in grado di individuare, anche dopo un confronto, *"...la o le soluzioni che possano soddisfare le sue necessità"*[208], ma quest'ultima potrà prevedere - previa indicazione nel bando di gara o nel documento descrittivo - l'articolazione della gara in fasi successive in modo da ridurre il numero delle soluzioni da discutere, selezionando di volta in volta queste ultime sulla base dei criteri di aggiudicazione indicati nel bando medesimo.

L'art. 62, invece, introduce anche per il dialogo l'istituto della "forcella", ossia della previsione dell'intervallo entro il quale va ricompresso il numero degli **invitati** (e non dei partecipanti) alla presentazione delle offerte. Condizione essenziale per l'applicazione della forcella è *"la particolare difficoltà o complessità"* della prestazione oggetto del contratto. Ferma restando la necessità di rispettare i principi della concorrenza, per il dialogo competitivo i candidati da invitare non

---

[206] Art. 58, commi 7 ed 8.
[207] Si veda in particolare il parere del Comitato delle Regioni pubblicato sulla GUCE C 144/24, del 16.05.2001.
[208] V. Art. 58, comma 10 del D.Lgs. n. 163/2006.

potranno comunque essere inferiori al numero di sei sempre che il mercato offra un tal numero di concorrenti idonei.

L'amministrazione, una volta ritenuto concluso il dialogo, dovrà darne comunicazione ai partecipanti invitandoli[209] a presentare le loro offerte sulla base delle soluzioni presentate e specificate nella fase precedente. Le offerte "*devono contenere tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto*"[210] e l'amministrazione dovrà procedere, nella lettera di invito, a specificare i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in relazione alla specifica soluzione prescelta. In sintesi, una volta portata a compimento la fase concertativa del dialogo, prende avvio - con la comunicazione delle lettere di invito - la seconda fase della procedura che rispecchia i requisiti tipici di una procedura ad evidenza pubblica ed è specificatamente volta ad individuare l'aggiudicatario della gara.

Una novità di rilievo, rispetto alle procedure "classiche", che tale fase del dialogo competitivo presenta, è introdotta dall'ultimo comma 14, dell'art. 58 del Codice (già presente nell'ultimo comma del par. 6 dell'art. 29), il quale dispone che su richiesta delle amministrazioni aggiudicatrici l'offerente potrebbe essere chiamato a **chiarire, precisare e perfezionare ulteriormente** l'offerta presentata. Si tratta di una innovazione che stravolge il convincimento, radicatosi presso il legislatore e l'interprete, circa l'impossibilità di successive negoziazioni delle offerte una volta che le stesse siano state presentate[211] alla pubblica amministrazione. Tale previsione solleva non poche perplessità in quanto, pur ispirata alla necessità di garantire la più ampia flessibilità della procedura a fronte di appalti complessi, apre il varco ad una possibile lesione del principio di concorrenza soprattutto per quanto concerne la locuzione *"perfezionare ulteriormente"* che sembrerebbe travalicare i limiti della mera correzione e/o integrazione. La norma, infatti, potrebbe essere utilizzata dai concorrenti per modificare le proprie offerte risultate inizialmente meno competitive rispetto a quelle degli altri candidati. Ciò potrebbe incidere anche sui profili di validità tecnica della proposta prescelta in quanto, pur di ottenere l'affidamento dell'appalto, un concorrente potrebbe modulare

---

[209] La norma non lo prescrive, ma chiaramente l'invito dovrà avvenire con specifica lettera al pari di quanto avviene nelle procedure ristrette.

[210] In questi termini art. 58, comma 12 del D.Lgs. n. 163/2006.

[211] Unica eccezione, nel nostro ordinamento giuridico è quello relativo all'istituto del *project financing* di cui agli artt 37 *bis* e ss. della legge n. 109/1994.

l'integrazione della sua offerta non secondo le sue effettive capacità tecniche ma sulle caratteristiche delle offerte presentate dai rivali (ad esempio, riducendo il prezzo a parità di intervento, alterandone l'equilibrio economico finanziario). In tali casi l'integrazione comporterebbe il rischio di un indebolimento dei contenuti dell'offerta in termini di tecnici ed operativi.

L'integrazione, peraltro, non appare giustificata neanche sotto il profilo logico sistematico in quanto il dialogo competitivo lascia ai concorrenti la possibilità di modificare ed integrare *in itinere* sotto qualsiasi profilo il progetto presentato, prima della presentazione dell'offerta; una volta che quest'ultima sia stata presentata, non ha senso legittimare l'introduzione di ulteriori migliorie che, per la stessa configurazione della procedura, non potrebbero essere indirizzate al perfezionamento tecnico-operativo del progetto (per questo vi è la fase iniziale del dialogo), ma esclusivamente a migliorare l'offerta economica in vista dell'aggiudicazione. Presumendo che i contenuti dell'offerta economica presentata dal candidato siano stati accuratamente ponderati e quantificati in relazione alla complessità del progetto sì come definito nella lunga fase del dialogo appare, poi, difficile spiegarsi - se non facendo riferimento alla necessità di aggiudicarsi la gara - perché essa possa essere ulteriormente modificata in sede di aggiudicazione.

L'art. 58 del Codice – così come la Direttiva - appare, peraltro, lacunoso nell'uso della terminologia; essa infatti individua tre tipologie di intervento correttivo praticabile, ossia secondo un grado crescente di intensità, il "*chiarimento*", la "*precisazione*" ed il "*perfezionamento*" senza, però, mai chiarirne le peculiarità e le differenze. Parimenti il contenuto della norma in esame è incerto nella parte in cui specifica che le "*correzioni*" *"non possono avere l'effetto di modificare gli elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto quale posto in gara la cui variazione rischi di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio"*. Essa, in particolare, lascia insoluta la questione di cosa debba intendersi per "*elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto*".

L'aggiudicazione della gara, nella procedura del dialogo competitivo, dovrà avvenire sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ciò detto occorre brevemente sottolineare l'accostamento, quasi naturale, corrente fra l'istituto del dialogo e quello della la finanza di

progetto (*project financing)*. Identici sono infatti, i presupposti per l'esperimento dei due istituti in quanto, in entrambi i casi, l'amministrazione individua i "bisogni" da soddisfare, ma non anche gli strumenti attraverso i quali realizzarli. Tendenzialmente, poi, la finanza di progetto è stata strutturata dal legislatore nazionale per la realizzazione di interventi particolarmente complessi ed onerosi per i quali l'azione del privato si palesa indispensabile sia dal punto di vista tecnico che di quello finanziario.

Per quanto concerne, invece, la fase afferente alla discussione dei contenuti della proposta, la differenza fra il dialogo competitivo e la finanza di progetto appare più formale che sostanziale. Difatti negli artt. 37 *bis* e ss. della Legge 109/94 (ed oggi nelle relative norme del Codice) non era istituzionalizzata una fase di contrattazione vera e propria della proposta presentata dal promotore, diversamente da quanto, invece, è avvenuto per il dialogo competitivo, ove è espressamente prevista in capo alla pubblica amministrazione la facoltà di *"...discutere con i candidati selezionati tutti gli aspetti dell'appalto"*. In realtà l'esperienza dimostra che, nel caso della finanza di progetto, la formale valutazione della proposta sia in genere preceduta da una preventiva negoziazione fra la pubblica amministrazione e l'operatore economico volta a definire e modificare i contenuti della proposta medesima. Per quanto concerne tale profilo, anzi, la procedura del dialogo offre sicuramente maggiori garanzie di rispetto della concorrenza; essa, infatti, prevede espressamente il confronto fra più "proponenti" dettando all'uopo specifiche regole procedimentali che, invece, difettano per il *project fiancing*.

Entrambi gli istituti sono, però, carenti per quanto concerne la disciplina sostanziale della fase di valutazione delle proposte in quanto: nel *project* tale fase non è procedimentalizzata ma sono precisati i parametri di valutazione, mentre nel dialogo, viceversa, è definita la procedura, ma non anche i criteri di valutazione che sembrerebbero rimessi alla assoluta discrezionalità della pubblica amministrazione procedente. Per quanto concerne, infine, la gara, per il *project finacing* al promotore, in forza del diritto di prelazione conferitogli, è consentito modificare la proposta presentata, così come nel caso del dialogo.

La difficoltà nella individuazione della soluzione progettuale, non può ritenersi elemento ostativo all'applicazione delle garanzie procedimentali a presidio della trasparenza e della concorrenza anche negli istituti come il *project financing*. Per questo la Commissione europea, nel *Libro verde*

relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni[212], ha prospettato l'estensione del procedimento del dialogo competitivo alla fase di selezione del soggetto privato nei casi di interventi realizzati in "partenariato pubblico-privato" (PPP) nell'ambito del quale è riconducibile anche l'istituto del *project financing*. Il principio di fondo dal quale parte la Commissione è che la procedimentalizzazione dei metodi di selezione garantisce "*l'obiettività e l'integrità della procedura sfociante nella scelta di un operatore*" sicché essi "*devono essere salvaguardati in qualsiasi occasione*" essendo, altresì strumentali a garantire il buon utilizzo del denaro pubblico, la riduzione dei rischi di pratiche poco trasparenti e il rafforzamento della sicurezza giuridica necessaria all'attuazione di tali progetti.

Dalle argomentazioni della Commissione traspare un dato certo: quale che sia l'istituto prescelto dall'amministrazione aggiudicatrice, la selezione del privato deve comunque essere procedimentalizzata. Sicché *de iure condendo* appariva ragionevole prospettare una modifica delle norme di cui all'art. 37 *ter* della Legge n. 109/1994 attraverso una specifica procedimentalizzazione[213] della fase di selezione del promotore[214] ed una integrazione delle norme europee sul dialogo competitivo relativamente alla individuazione dei parametri di valutazione delle soluzioni tecniche; l'assenza di tali interventi può rappresentare una grave pecca per il nuovo Codice.

6.5. L'accordo quadro

L'art. 59 del D.Lgs. n. 163/2006 disciplina l'istituto dell'accordo quadro; tale norma, al pari di quanto visto per quella del dialogo competitivo è destinata a spiegare i propri effetti solo per le gare bandite a partire dell'1.2.2007.

---

[212] Approvato dalla Commissione il 30.4.2004, COM(2004) 327.

[213] Ancorché non opti necessariamente per il dialogo competitivo che, come visto, può (ma non deve) essere recepito dagli Stati membri.

[214] Di rilievo sono le considerazioni della Commissione circa i possibili mutamenti ai quali vanno incontro le amministrazioni aggiudicatrici nella determinazione delle specifiche tecniche; essa specifica che: "*D'altra parte, occorre sottolineare che, in virtù delle nuove direttive, per gli organismi aggiudicatori aumenta l'interesse a formulare le specifiche tecniche in termini di prestazioni o di esigenze funzionali. Nuove disposizioni permetteranno così agli organismi aggiudicatori di aumentare le possibilità di tenere conto di soluzioni innovative in occasione della fase d'aggiudicazione, indipendentemente dalla procedura adottata*".

Per accordo quadro, ai sensi dell'art. 3, comma 13 del D.Lgs. n. 163/2006[215], deve intendersi *"un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste"*.

Al pari di quanto si è visto per il dialogo competitivo, la possibilità da parte delle amministrazioni di ricorrere all'accordo quadro non è automatica, ma richiede uno specifico intervento in tal senso da parte dello Stato[216]; anche in questo caso è, pertanto, possibile affermare che tale disposizione della Direttiva non possa ritenersi *self executing* e, conseguentemente che, essendo stata sospesa l'efficacia dell'art. 59 del D.Lgs. n. 163/2006, l'istituto non sia immediatamente operativo per il nostro ordinamento interno, fatte eventualmente salve le diverse disposizioni regionali che eventualmente abbiano già recepito ed attuato le specifiche prescrizioni normative.

L'istituto dell'accordo quadro non rappresenta una novità nel panorama normativo degli appalti europei essendo stato già previsto e disciplinato dall'art. 1, n. 5 della previgente Direttiva n. 93/38/Cee sui "settori speciali"[217]; il legislatore comunitario ne ha solamente generalizzato l'ambito di applicazione estendendolo a tutte le tipologie di contratti[218]. Anche nel nostro ordinamento interno era (*rectius*: fino alla sua abrogazione: è) previsto un istituto analogo – ancorché limitato ai soli lavori di manutenzione - a quello dell'accordo quadro: il "*contratto aperto*" disciplinati dall'art. 154 del D.P.R. n. 554/99 secondo cui: "*Sono contratti*

---

[215] Che ripropone la definizione di cui dell'art. 1, par. 5 della Direttiva 2004/18/Ce.

[216] Ovvero della Regione a seconda della collocazione che la materia dei lavori pubblici ricopre nell'ambito del riparto della potestà normativa di cui all'art. 117 della Costituzione.

[217] Norma recepita dall'art. 16 del D.Lgs. 17.03.1995, n. 157. Giova ricordare che la Direttiva n. 93/38/Cee sarà abrogata alla scadenza del termine per il recepimento, da parte degli Stati membri, della Direttiva n. 17/2004/Ue. Per un approfondimento sulla natura giuridica dell'accordo quadro v. E. FONTE *L'accordo quadro in tema di appalti pubblici*, in *Ragiusan*, 1998, 88 ss; A. MUSENGA-G. FISCHIONE *La Direttiva n. 531/90 sugli appalti nei settori esclusi*; Roma, 1993, 54; D. GALLI - C. GUCCIONE *Gli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi nei settori dei trasporti, telecomunicazioni, acqua ed energia*, Roma, 1995; A. NOBILE *Gli appalti pubblici nei settori speciali*, Roma, 2001, 199.

[218] In particolare si veda quanto esposto dal Comitato delle Regioni nel parere reso in merito alla proposta di Direttiva n. 18/2004 (G.U.C.E. C 144/23 del 16.05.2001) punto 2.3.8. In merito si veda anche l'emendamento n. 24 presentato dal Parlamento europeo nel parere in prima lettura del 17.01.2002 (in G.U. C 217 E del 7.11.2002, pag. 176), accolto dalla Commissione nel parere del 6.5.2002 COM (2002) 236 ed infine dal Consiglio nel parere del 24.06.2003 (G.U. C 147 E/125 del 24.06.2003).

aperti gli appalti in cui la prestazione è pattuita con riferimento ad un determinato arco di tempo, per interventi non predeterminati nel numero, ma resi necessari secondo le necessità della stazione appaltante". Il contratto aperto, al pari dell'accordo quadro, si limita a fissare esclusivamente il *genus* (lavori di manutenzione) della prestazione contrattuale, ma senza specificarla (se non limitatamente al prezzo[219] ed alla durata complessiva dell'intero contratto aperto), rendendola, dunque, fungibile ed adattabile alle specifiche esigenze della stazione appaltante.

La *ratio* giustificatrice dell'accordo quadro nonché il suo ambito di operatività emergevano chiaramente già nella comunicazione della Commissione europea dell'11.3.1998 COM (98) 143 secondo la quale l'istituto era destinato a soddisfare una duplice esigenza delle amministrazioni pubbliche: gestire le proprie commesse sul lungo periodo garantendosi del costante aggiornamento tecnologico dei beni e servizi acquistati e, nel contempo, tutelarsi dai rischi connessi all'eccessivo costo dei medesimi appalti che sarebbero potuti lievitare con il decorso di un periodo più o meno lungo. Per quanto concerne la natura giuridica, va precisato che l'accordo quadro non è un appalto pubblico in quanto non riconducibile alla categoria del contratto attesa l'indeterminatezza di alcuni degli aspetti essenziali richiesti per l'integrazione, anche atipica, della fattispecie contrattuale quali, in particolare, il prezzo e l'oggetto della prestazione.

Tuttavia, proprio per quanto concerne l'ambito di operatività, l'art. 59 del D.Lgs. n. 163/2006 prevede, rispetto alla corrispondente disciplina europea, una serie di limitazioni. Innanzitutto per quanto concerne l'esecuzione di lavori per i quali il ricorso all'accordo quadro è consentito limitatamente ai soli lavori di manutenzione[220] ovvero agli altri lavori individuati nel regolamento e che siano connotati *"da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate"*. A prescindere, dunque, dalla sospensione dell'efficacia dell'art. 59, per i lavori pubblici l'accordo quadro avrebbe potuto trovare immediata applicazione per i soli lavori di manutenzione, difettando l'individuazione regolamentare dei lavori seriali.

---

[219] Anzi, con riferimento a tale elemento, l'art. 154, 1° comma del DPR n. 554/99: "*Qualora, nel caso di contratti aperti relativi a lavori di manutenzione, l'importo dei lavori da eseguire ecceda l'importo contrattuale, il direttore dei lavori dà comunicazione al responsabile del procedimento per le opportune determinazioni. Il responsabile del procedimento può autorizzare l'ulteriore spesa, fino a un totale complessivo pari all'originario importo posto a base di gara e comunque non superiore a 200.000 Euro".*

[220] Per i quali, si ricordi, erano già previsti i contratti aperti di cui all'art. 154 del DPR n. 554/99.

Altra limitazione prevista dall'art. 59 riguarda i servizi di progettazione ed intellettuali in genere. Il primo comma, dell'articolo citato, dispone infatti che: *"Gli accordi quadro non sono ammessi per la progettazione e per altri servizi di natura intellettuale, salvo che siano connotati da serialita' e caratteristiche esecutive standardizzate, da individuarsi nel regolamento"*[221]. Anche in questo caso, dunque, l'accordo, anche qualora non fosse stata sospesa la norma, non avrebbe potuto applicarsi ai servizi intellettuali in genere difettando l'individuazione regolamentare dei servizi seriali e standardizzati. Indugiare in questa sede su cosa debba (o possa) intendersi per servizi progettuali "seriali" e/o "standardizzati" sarebbe del tutto pleonastico attesa la sospensione degli effetti della previsione normativa; giova tuttavia sottolineare che il requisito della "*serialità*" pare intimamente collidere con la natura intellettuale della prestazione che, proprio perché tale, non sembrerebbe potersi reputare "*seriale*" ancorché fosse, nello specifico, particolarmente semplice. Per quanto concerne, invece, le caratteristiche esecutive standardizzate, un utile riferimento al fine della loro individuazione potrebbe rinvenirsi, ad esempio, nelle norme nel D.P.R. n. 328 ed in particolare all'art. 46 che, nell'individuare le competenze degli ingegneri iscritti alla Sezione B dell'albo professionale fa riferimento all'uso di metodologie standardizzate.

Per quanto concerne il profilo procedurale, gli accordi quadro, che non possono avere durata superiore ai quattro anni, sono basati su due distinte fasi di gara:

1) l'una relativa alla conclusione dell'accordo quadro;

2) e l'altra relativa all'aggiudicazione degli appalti basati sul predetto accordo.

La conclusione dell'accordo quadro deve avvenire sulla base delle procedure di aggiudicazione previste dalla Parte II del Codice, partendo dalla pubblicazione del bando di gara, passando per la selezione di uno o più operatori mediante i criteri di aggiudicazione di cui all'art. 81, per terminare con la stipula dell'accordo quadro. Tale prima fase (della stipula dell'accordo) è diretta ad individuare i fornitori di beni ed i prestatori di

---

[221] Si noti che l'art. 59, nella sua originaria versione, non prevedeva siffatte limitazioni applicative per i servizi di progettazione e/o intellettuali (al pari, d'altra parte, della corrispondente disciplina europea) che devono ricondursi espressamente al recepimento del parere (in particolare punto 14) formulato dalla VIII Commissione della Camera in sede di disamina dello schema di D.Lgs.

servizi e gli esecutori di lavori, nonché le clausole relative agli appalti futuri da stipulare all'occorrenza con essi[222].

Nella fase successiva - quella della stipula dei contratti di appalto - le regole dell'evidenza pubblica potranno essere derogate. In particolare l'art. 59 – che recepisce pedissequamente l'art. 32 della Direttiva 2004/18/Ce - individua due procedure distinte a seconda che tale accordo sia stato sottoscritto da un solo operatore economico o da più operatori economici.

Nel primo caso "*gli appalti ....sono aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate nell'accordo quadro*"[223] a tale operatore, ferma restando la facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice di consultare per iscritto l'operatore chiedendogli di completare la sua offerta qualora i dettagli di quest'ultima non siano precisati in sede di stipula dell'accordo quadro.

Qualora, invece, l'accordo sia stato stipulato con più operatori economici, i relativi appalti potranno essere aggiudicati con una delle seguenti modalità:

1) qualora l'accordo sia completo in ogni minimo dettaglio, mediante applicazione delle condizioni stabilite nell'accordo quadro senza un nuovo confronto competitivo, ma privilegiando il criterio della rotazione fra gli operatori che abbiano stipulato l'accordo e nel rispetto dell'ordine di priorità che quest'ultimo abbia previsto[224];

2) qualora, invece, l'accordo non fissi tutte le condizioni per l'aggiudicazione degli appalti[225], l'amministrazione rilancia il confronto

---

[222] L'amministrazione aggiudicatrice, nella scelta degli operatori economici con i quali stipulare l'accordo quadro, dovrà dunque operare come se stesse aggiudicando un appalto; in particolare l'art. 59 2° comma del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che: *"Ai fini della conclusione di un accordo quadro, le stazioni appaltanti seguono le regole di procedura previste dalla presente parte in tutte le fasi fino all'aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo quadro. Le parti dell'accordo quadro sono scelte applicando i criteri di aggiudicazione definiti ai sensi degli articoli 81 e seguenti"*.

[223] In questi termini l'art. 59, 4° comma, del D.Lgs. n. 163/2006.

[224] Art. 59, 7° comma, del D.LGs. n. 163/2006.

[225] In merito si veda il considerando (11) della Direttiva 2004/18/Ce che appositamente distingue a seconda che le condizioni degli appalti stipulandi siano tutte già state o meno definite nel capitolato d'oneri dell'accordo quadro. Nel primo caso (definizione di tutte le condizioni) l'amministrazione, nel periodo di durata dell'accordo, *"può concludere….contratti basati su tale accordo quadro….applicando le condizioni stabilite nell'accordo quadro stesso"*. Nel secondo caso (definizione di una parte delle condizioni), invece, l'amministrazione riapre il confronto competitivo fra le parti dell'accordo quadro sulle condizioni non stabilite : *"Il rilancio del confronto competitivo dovrebbe rispettare alcune regole il cui obiettivo è quello di garantire la flessibilità richiesta nonché l'osservanza dei principi generali ivi compreso il principio della parità di trattamento"*.

competitivo fra le parti, eventualmente precisando tali condizioni ed eventualmente integrandole, ma sempre sulla scorta di quanto prefissato in sede di stipula dell'accordo quadro nel capitolato d'oneri.

Nel caso sub 2) l'art. 59, all'8° comma, fissa anche una specifica sequela procedurale che si snoda nelle seguenti fasi:

a) per ogni appalto l'amministrazione consulta per iscritto gli operatori economici che abbiano stipulato l'accordo quadro e che siano in grado di eseguire la specifica prestazione;

b) quindi esse fissano un termine per la presentazione delle offerte che possa ritenersi congruo in relazione alla complessità dell'appalto da aggiudicare ed al tempo necessario per la loro trasmissione;

c) gli operatori dovranno provvedere a presentare le proprie offerte per iscritto; tali offerte dovranno rimanere segrete fino a quando non sia scaduto il termine per la loro presentazione;

d) l'aggiudicazione dovrà avvenire all'offerta migliore sulla scorta dei parametri indicati nel capitolato d'oneri dell'accordo quadro.

6.6. Le aste elettroniche

Gli appalti elettronici (l'*e-procurement*), recentemente regolamentati dalle direttive 17 e 17 del 31.03.2004, sono stati trasfusi anche nel nuovo Codice dei contratti. La disciplina abbraccia due profili disciplinari distinti: 1) la semplificazione elettronica delle procedure e dei criteri di aggiudicazione (sistemi dinamici di acquisizione ed aste elettroniche);

2) semplificazione e snellimento delle forme di comunicazione e pubblicità[226]. Giova sottolineare che, al pari degli istituti di cui sopra, anche le norme comunitarie relative alle procedure di aggiudicazione elettroniche non possono ritenersi *self executing* sicché necessitano di esplicita regolamentazione da parte del legislatore nazionale.

[226] Per le quali si rinvia al paragrafo relativo alle forme di pubblicità.

L'asta elettronica[227] è un istituto introdotto nella Direttiva 18/2004 al fine di realizzare una semplificazione delle procedure di aggiudicazione e dei relativi adempimenti formali[228] nonché di una maggiore efficienza delle commesse pubbliche[229].

Essa trova, pertanto, la propria *ratio* giustificatrice nelle esigenze di semplificazione ed efficienza delle commesse pubbliche e rappresenta un'assoluta novità nell'attuale quadro legislativo comunitario che, per la sua regolamentazione, ha tratto spunto dalle esperienze dei diversi Stati membri. Il considerando (14) della Direttiva 18.2004 evidenzia, peraltro, l'esigenza che le relative procedure si svolgano "*nel pieno rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza*"[230]; a tal fine la Direttiva 18/2004 ne circoscrive l'oggetto agli appalti di lavori, servizi e forniture le cui specifiche possano essere definite in modo preciso.

Ai sensi dell'art. 3, comma 15, del D.Lgs. n. 163/2006 l'asta elettronica[231] *"è un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso e/o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico"*. Tale definizione permette innanzitutto di individuare quale sia l'esatta collocazione dell'asta elettronica nell'ambito del complesso procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico; non si tratta di una procedura di aggiudicazione, ma esclusivamente di un processo per fasi successive che si interseca sulle e con le ordinarie procedure di aggiudicazione definite dalla Direttiva ossia le procedure aperte, ristrette e

---

227 Sulle aste elettroniche si veda C. LACAVA, *Appalti e nuove tecnologie* in *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, Milano, 2004, 45 ss.; D. SPINELLI, *Per i lavori debuttano le aste on-line. È ammessa l'offerta più vantaggiosa* in *Edilizia e Territorio* - Dossier 2004 *"Le Direttiva europee sugli appalti"*.

228 In particolare la Commissione europea nella comunicazione COM (98) 143 def. dell'11.03.1998 *Gli appalti pubblici nell'Unione europea* si prefiggeva, fra l'altro, di identificare " (…) *dei progetti pilota che permettano l'aggiudicazione degli appalti utilizzando la posta elettronica, lo scambio di dati elettronici ed internet. Questi progetti dovranno, naturalmente, rispettare i principi di non discriminazione e trasparenza"*.

229 Giova ricordare che nelle conclusioni della presidenza del Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000 la Commissione, il Consiglio e gli Stati membri venivano invitati a prendere i provvedimenti necessari per garantire che entro il 2003 le procedure relative agli appalti comunitari e pubblici fossero espletati per via elettronica.

230 Si veda anche l'art. 85, 3° comma, del D.Lgs. n. 163/2006.

231 Si veda anche l'analoga definizione di cui all'art. 1, par. 7 della Direttiva 18/2004.

negoziate e che incide esclusivamente sulla negoziazione dei prezzo ovvero degli elementi delle offerte. In quest'ultimo senso depone anche la collocazione sistematica dell'art. 85[232] inserito fra le norme della Sezione V, sempre del Capo III – Parte II, del D. Lgs. n. 163/2006 relativa ai criteri di selezione delle offerte ed alla verifica delle anomalie delle offerte, ma non anche alle procedure di aggiudicazione.

Il 1° comma, dell'art. 85 precisa in particolare che: *"Nelle procedure aperte, ristrette, o negoziate previo bando, quando ricorrono le condizioni di cui al comma 3, le stazioni appaltanti possono stabilire che l'aggiudicazione dei contratti di appalto avvenga attraverso un'asta elettronica"*. L'asta elettronica è, dunque, un processo meramente facoltativo che si colloca nell'alveo delle ordinarie procedure di aggiudicazione ivi compreso il confronto competitivo nell'ambito di un accordo quadro, il sistema dinamico di acquisizione e la procedura negoziata, ma solamente qualora quest'ultima sia preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara.

Tuttavia il comma 13 del citato art. 85 del Codice legittima una estensione all'intera procedura di aggiudicazione (e non solamente alla fase di presentazione delle relative offerte) della gestione elettronica tramite sistemi telematici, ma ne circoscrive l'ambito di operatività ai soli appalti di servizi e forniture e soprattutto ne condiziona la concreta operatività alla previsione dei casi nel regolamento generale di cui all'art. 5 ed alla sussistenza delle condizioni di cui al già citato 3° comma. Difatti l'art. 253, comma 14, del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che: *"In relazione all'articolo 85, comma 13, fino all'entrata in vigore del regolamento si applicano le disposizioni di cui al Decreto del Presidente della Repubblica 4 aprile 2002, n. 101, nei limiti di compatibilità con il presente Codice"*. In sintesi la stazione appaltante potrebbe estendere all'intera procedura di aggiudicazione l'operatività delle norme sull'asta elettronica applicando, in attesa del regolamento generale, le norme di cui al DPR n. 101/2002, ma solamente in quanto compatibili con le disposizioni del Codice.

Le condizioni per il ricorso al sistema elettronico di negoziazione sono difatti individuate sempre dall'art. 85, ed in particolare dal suo terzo comma il quale precisa che *l'asta pubblica* potrà avere ad oggetto esclusivamente i lavori, servizi e le forniture per i quali le specifiche

[232] Così come dell'art. 54 della Direttiva 2004/18/Ce.

dell'appalto possano essere fissate in maniera precisa e nei quali la valutazione delle relative offerte possano essere effettuate automaticamente da un mezzo elettronico sulla base di elementi quantificabili in modo tale da essere espressi in cifre o percentuali[233]. Ciò comporta, ad esempio, che non sia esperibile un dialogo competitivo con il metodo dell'asta elettronica. L'esigenza che l'appalto sia caratterizzato da elementi sottratti all'apprezzamento squisitamente discrezionale dell'amministrazione procedente, dovrebbe incidere anche sui criteri di aggiudicazione che, per l'asta pubblica sono sia il prezzo più basso che l'offerta economicamente più vantaggiosa[234] escludendo la possibilità di ricorrere a quest'ultima a meno che la valutazione elettronica non riguardi altro che la mera somma dei punteggi assegnati dalla Commissione. In questo senso, stante quanto detto sopra, dovrebbe essere interpretata la previsione di cui all'art. 85, comma 4 lett. *b* del Codice nella parte in cui estende il ricorso all'asta elettronica anche ai prezzi ed ai valori degli elementi dell'offerta indicati negli atti di gara; difatti l'assegnazione dei relativi punteggi e valori è operazione di natura squisitamente discrezionale che sfugge, evidentemente, all'ambito di operatività dell'asta elettronica[235].

Il fatto, dunque, che nel caso dell'asta elettronica non sia consentito all'amministrazione aggiudicatrice alcun apprezzamento di ordine discrezionale in merito ai parametri di valutazione dell'offerta, conduce all'inevitabile conseguenza che appalti di servizi e di lavori che abbiano per oggetto prestazioni intellettuali quali la progettazione di lavori **non possano** essere oggetto di aste elettroniche. Considerata la natura eminentemente intellettuale dei servizi di ingegneria collegati alla progettazione e realizzazione di lavori pubblici e, dunque, la discrezionalità, quanto meno tecnica, di cui è titolare l'amministrazione nella ponderazione dei diversi elementi atti ad individuare l'offerta

---

[233] Art. 85, 3° comma del D.Lgs. n. 163/2006, che riproduce il contenuto del considerando (14) della Direttiva 18/2004, secondo cui: "*Le aste elettroniche possono essere utilizzate quando le specifiche dell'appalto possono essere fissate in maniera precisa e la valutazione delle offerte rispondenti alle specifiche definite nel bando di gara sia effettuabile automaticamente da un mezzo elettronico, sulla base di elementi quantificabili in modo tale da essere espressi in cifre o percentuali. Le stazioni appaltanti non possono ricorrere alle aste elettroniche abusivamente o in modo tale da impedire, limitare o distorcere la concorrenza o comunque in modo da modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dal bando e dagli altri atti di gara*".

[234] Sulla questione relativa all'inserimento fra i criteri di aggiudicazione anche dell'offerta economicamente più vantaggiosa si rinvia a C. LACAVA, *Appalti e nuove tecnologie* in *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, Milano, 2004, 48 nota 21.

[235] Il relativo iter procedimentale è comunque chiarito dall'art. 85, 8° comma, del D.LGs. n. 163/2006 sul quale *infra* in questo stesso paragrafo.

economicamente più vantaggiosa, deve ritenersi senza ombra di dubbio che per essi sia da escludere l'operatività della procedura dell'asta elettronica[236].

Per quanto concerne, invece, il profilo procedimentale ogniqualvolta una amministrazione aggiudicatrice intenda avviare un'asta elettronica dovrà darne comunicazione mediante pubblicazione nel bando di gara[237] e specificare nel capitolato d'oneri le ulteriori informazioni afferenti alle modalità concrete del suo svolgimento ed in particolare indicare gli elementi oggetto di valutazione utilizzati per individuare l'offerta economicamente più conveniente[238]. Le amministrazioni sono comunque chiamate ad effettuare una prima valutazione delle offerte pervenute sulla scorta dei criteri ordinari dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del prezzo più basso.

La gara si articolerà, comunque, in tre fasi:

1) la prima ordinaria, nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice dovrà pubblicare un bando di gara contenente oltre che l'indicazione che si procederà ad un'asta elettronica, le generali indicazioni richieste per il bando di gara a seconda della procedura prescelta;

2) la seconda consistente nell'invito simultaneo rivolto agli offerenti - le cui offerte siano ammissibili - a presentare nuovi prezzi e/ nuovi valori nel caso in cui il criterio di aggiudicazione adottato sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa[239]. Tale invito dovrà contenere anche l'indicazione della formula matematica che determinerà, durante l'asta elettronica, le riclassificazioni

---

[236] In questo senso, peraltro esplicitamente, l'art. 3, comma 15 del D.Lgs. n. 163/2006 secondo cui: *"Gli appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, non possono essere oggetto di aste elettroniche"*.

[237] Art. 85, 5° comma del D.LGs. n. 163/2006 ed art. 54, par. 3, della Direttiva 18/2004; ne consegue che l'asta elettronica non sia utilizzabile nel casi di procedura negoziata che difetti del bando gara.

[238] Ai sensi dell'art. 85, 6° comma del D.Lgs. n. 163/2006 il predetto capitolato d'oneri dovrà specificare: a) gli elementi i cui valori saranno oggetto dell'asta elettronica, purché tali elementi siano quantificabili in modo da essere espresse in cifre e percentuali; b) i limiti eventuali dei valori che potranno essere presentati, quali risultano dalle specifiche dell'oggetto dell'appalto; c) le informazioni che saranno messe a disposizione degli offerenti nel corso dell'asta elettronica e, se del caso, il momento in cui saranno messe a loro disposizione; d) le informazioni pertinenti sullo svolgimento dell'asta elettronica; e) le condizioni alle quali gli offerenti potranno rilanciare e, in particolare, gli scarti minimi eventualmente richiesti per il rilancio; f) le informazioni pertinenti sul dispositivo elettronico utilizzato e sulle modalità e specifiche tecniche di collegamento.

[239] Ai sensi dell'art. 85, 7° comma del D.Lgs. n. 163/2006 l'invito dovrà contenere ogni informazione utile per il collegamento individuale al dispositivo elettronico utilizzato e precisare la data e l'ora di inizio dell'asta elettronica.

automatiche in funzione dei nuovi prezzi e/o di nuovo valori presentati[240];

3) la terza fase consiste, invece, nell'esperimento vero e proprio dell'asta elettronica. Quest'ultima prenderà avvio solamente quando l'amministrazione, valutata l'ammissibilità delle domande e delle offerte dei diversi candidati (procedura aperta) ovvero accertata l'ammissibilità delle domande e diramati gli inviti a presentare offerte (procedure ristrette), comunichi gli inviti di cui alla fase sub 2) a partecipare all'asta che non potrà, tuttavia, avere inizio prima di due giorni a decorrere dalla data di invio degli inviti. L'asta elettronica può articolarsi in una pluralità di fasi con l'obbligo da parte dell'amministrazione procedente di comunicare in tempo reale a tutti gli offerenti quanto meno le informazioni che consentano agli stessi di individuare la propria posizione nella graduatoria per ciascuna fase, nonché il numero dei partecipanti per ciascuna fase, ma senza renderne nota l'identità. La conclusione dell'asta elettronica deve essere predeterminata e potrà essere disposta alla data ed ora indicate nell'invito[241]; il Codice non recepisce le ulteriori forme – tacite – di conclusione delle aste elettroniche previste dalla Direttiva 2004/18/Ce ossia: a) quando le amministrazioni non ricevono più nuovi prezzi o nuovi valori che rispondono alle esigenze degli scarti minimi (nell'invito a partecipare dovrà essere specificato il termine ultimo che le predette amministrazioni rispetteranno prima di dichiarare conclusa l'asta a partire dalla ricezione dell'ultima presentazione); b) quando il numero di fasi dell'asta fissato nell'invito è stato raggiunto[242]. Una volta conclusa l'asta elettronica le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno ad aggiudicare l'appalto in funzione dei suoi risultati.

---

[240] Ai sensi dell'art. 85 8° comma, del D.Lgs. n. 163/2006: "Tale formula dovrà integrare la ponderazione di tutti i criteri stabiliti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa quale indicata nel bando di gara e nel capitolato d'oneri; a tal fine le eventuali forcelle dovranno essere precedentemente espresse con un valore determinato. Qualora siano ammesse varianti, per ciascuna variante deve essere fornita una formula matematica separata per la relativa ponderazione".

[241] Art. 85, 10° comma, del D.Lgs. n. 163/2006.

[242] Ai sensi dell'art. 54, par. 7/2, nel caso di conclusione di cui alla lett. *c*, eventualmente in combinazione con la lettera *b*, l'invito a partecipare all'asta indica il calendario di ogni fase dell'asta

6.7. I sistemi dinamici di acquisizione

Nell'ambito delle procedure elettroniche si collocano anche i *sistemi dinamici di acquisizione* che rappresentano una ulteriore novità recata dalla Direttiva 18/2004 e la cui introduzione nel quadro normativo degli appalti pubblici è supportata dalla medesima *ratio* dell'asta elettronica[243].

In questa sede è necessario esaminare le peculiarità dell'istituto del *sistema dinamico di acquisizione*. Innanzitutto va rilevato che tale sistema, diversamente da quanto previsto per le aste elettroniche, è connotato come una vera e propria procedura di aggiudicazione[244]. Il sistema dinamico di acquisizione è, difatti, regolamentato dall'art. 60 del Codice[245] ed inserito nella sezione afferente le procedure.

Ai sensi dell'art. 3, comma 14, del D.Lgs. n. 163/2006[246] *"un sistema dinamico di acquisizione è un processo di acquisizione interamente elettronico, per acquisiti di uso corrente, le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze della stazione appaltante, limitato nel tempo ed aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri"*.

Tale definizione è già da sola idonea a palesare le caratteristiche essenziali della innovativa procedura di aggiudicazione. Si tratta di un sistema che:

1) deve essere interamente elettronico;

2) deve avere una durata limitata nel tempo;

---

243 V. Considerando (13), Direttiva 18/2004.

244 Pur tuttavia, come rileva C. LACAVA, *op. cit.,* 51, nota 27, tale istituto rimane in gran parte "oscuro" in quanto non discende da esperienze già consolidate negli Stati membri, quanto da pressanti istanza presentate da alcuni di essi; in particolare, la delegazione austriaca presentò al Consiglio una proposta volta ad inserire nella Direttiva una specifica disciplina dei sistemi dinamici alla scopo di disporre di un sistema elettronico aperto. Tale proposta è stata inserita senza particolari modifiche nel testo base della Direttiva del 21 maggio 2002 e nella posizione comune del 20 marzo 2003 ed è rimasta sostanzialmente immutata fino alla sua stesura definitiva.

245 Art. 32 della Direttiva 2004/18/Ce.

246 Che riproduce pedissequamente la definizione di cui all'art.1, par. 6 della Direttiva 18/2004.

3) deve essere aperto all'adesione di tutti gli operatori economici che presentino un'offerta conforme alle prescrizioni dettate nel bando e nel capitolato.

Per quanto concerne l'ambito oggettivo di operatività dell'istituto esso deve essere circoscritto all'acquisto di "uso corrente"; si tratta, in realtà, di definizione piuttosto generica che se da un lato consente un margine operatività piuttosto ampio all'istituto in esame, dall'altro lascia ampi margini di incertezza circa la puntuale individuazione degli acquisti che vi possano essere ricondotti. Rispetto alla norma comunitaria l'art. 60 del Codice tenta di precisare la nozione in questione circoscrivendo l'operatività del servizio dinamico alla acquisizione dei beni e servizi (e non anche di lavori) che siano di uso corrente*"tipizzati e standardizzati",* ma non elimina *in nuce* i margini di discrezionalità relativi alla individuazione dell'oggetto ed i rischi connessi.

Il sistema dinamico di acquisizione è un sistema aperto basato sulla creazione di una graduatoria di offerenti che potranno presentare offerte conformi alle specifiche del capitolato - eventualmente migliorative - ogniqualvolta sorgano esigenze specifiche dell'amministrazione. In questo senso, pertanto, il sistema dinamico offre all'amministrazione la possibilità di confrontare un ventaglio particolarmente ampio di offerte e quindi di assicurare una utilizzazione ottimale delle finanze pubbliche[247].

Per quanto concerne gli aspetti procedimentali l'art. 60 scinde il sistema dinamico di acquisizione in due fasi ben distinte: l'una sostanzialmente relativa all'ammissione dei concorrenti alla procedura e l'altra relativa all'aggiudicazione vera e propria dell'appalto specifico.

La prima fase si apre con la pubblicazione di un bando di gara attraverso i mezzi elettronici individuati dall'art. 77, commi 5 e 6 del D.Lgs. n. 163/2006; nel disciplinare di gara dovrà essere specificato che si tratta di un sistema dinamico di acquisizione, mentre il capitolato dovrà contenere l'indicazione specifica degli acquisti oggetto di tale sistema di acquisizione. Inoltre dovrà essere garantito ai concorrenti l'accesso libero ed immediato, previa indicazione dell'indirizzo internet, ai documenti di gara. Per l'accesso al sistema, i concorrenti dovranno presentare un'offerta indicativa conforme al bando ed al capitolato, nonché essere qualificati ai sensi della vigente normativa. A sua volta l'amministrazione aggiudicatrice

[247] V. Considerando (13) Direttiva 18/2004.

provvederà a valutare, entro il termine di 15 giorni dalla pubblicazione del bando, tali offerte indicative comunicando ai concorrenti l'esito di tale valutazione.

La seconda fase attiene, invece, all'aggiudicazione dell'appalto specifico; tale aggiudicazione richiede, per espressa disposizione normativa, un "*confronto concorrenziale*"[248]. Al fine dell'aggiudicazione in questione, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà quindi procedere alla pubblicazione di un nuovo bando di gara semplificato, recando un ulteriore invito alla presentazione di una offerta indicativa che sarà soggetta a valutazione nei termini ed alle condizioni di cui al citato art. 60. È appena il caso di precisare che trattasi di adempimento finalizzato ad una ulteriore apertura alla concorrenza consentendo a coloro che non l'abbiano già fatto, di essere ammessi al sistema in prossimità dell'aggiudicazione di un appalto specifico. Va da sé che tale offerta indicativa non dovrà essere presentata da parte di coloro che siano già stati ammessi al sistema dinamico. Una volta valutate tali ulteriori offerte indicative ed eventualmente ammessi ulteriori operatori, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà provvedere ad invitare tutti gli offerenti ammessi a presentare un'offerta - in questo caso specifica - per l'aggiudicazione del singolo appalto. L'aggiudicazione dovrà avvenire nel rispetto dei criteri indicati nel bando di gara.

Da notare, infine, che anche per il sistema dinamico di acquisizione vige la facoltatività del recepimento della Direttiva 18/2004, nel senso che tale disposizione non può ritenersi *self executing* per gli Stati membri.

6.8. L'aggiudicazione per i lavori di edilizia residenziale pubblica

L'art. 61 del D.Lgs. n. 163/2006, recepisce l'art. 34 della Direttiva n. 2004/18/Ce, disciplinando il caso speciale dell'aggiudicazione di *"lavori di edilizia residenziale pubblica"*. La fattispecie non rappresenta una novità per l'ordinamento degli appalti pubblici sia comunitario (si veda in particolare l'art. 9 della Direttiva 93/37/Ce) che nazionale (art. 7 del D.Lgs. n. 406/1991, per quanto essa sia stata perduta di vista dalla "Legge Merloni" e dal regolamento generale di attuazione[249]). Le condizioni per l'operatività della previsione in questione si concentrano sulla tipologia e le

[248] Art. 60, 10° comma del D.Lgs. n. 163/2006 ed art. 33, par. 5, Direttiva 18/2004.
[249] Per una ricostruzione storica dell'istituto si rinvia ad A.L. FERRARIO *Appalti di lavori di edilizia sociale* in *Il nuovo Diritto degli appalti pubblici* a cura di R. GAROFOLI – M.A. SANDULLI.

caratteristiche dell'intervento che dovrà avere ad oggetto lavori strumentali all'edilizia residenziale pubblica contraddistinti da particolare "*entità*", *"complessità"* e *"durata"* e pubblicamente sovvenzionati per almeno il 50% del loro importo.

In questo caso l'operatore economico chiamato a realizzare il complesso edilizio sarà parte del Gruppo che, con l'amministrazione ed i tecnici, è chiamato alla predisposizione del piano e dunque coinvolto nell'intervento fin dal momento prodromico della sua progettazione urbanistico – edilizia[250]. La scelta di tale operatore potrà avvenire, come precisa il 1° comma della norma in esame, mediante una speciale procedura di aggiudicazione, ma senza precisare quale essa sia se non nei limiti delle stringate regole procedurali all'uopo predisposte dal 2° comma: *"Nell'ipotesi di cui al comma 1 le stazioni appaltanti inseriscono nel bando di gara una descrizione delle opere quanto più precisa possibile al fine di consentire agli imprenditori interessati di valutare correttamente il progetto da eseguire. Inoltre le stazioni appaltanti menzionano in tale bando di gara, conformemente ai criteri di selezione qualitativa di cui agli articoli da 38 a 47, i requisiti personali, tecnici, economici e finanziari che i candidati devono possedere"*.

Rispetto alla previsione in esame occorre considerare che il nostro ordinamento è già connotato dalla presenza di una regolamentazione della materia dell'edilizia sociale di spiccata specialità che prevede, fra l'altro, la possibilità di affidare direttamente (in proprietà o superficie) all'imprenditore l'area oggetto di intervento previa assunzione dell'obbligo della cessione a prezzi calmierati dei realizzandi manufatti[251], ovvero la possibilità di costituire società deputate alla realizzazione di un più vasto intervento di riqualificazione dell'area[252] ovvero, ancora, strumenti vari di natura consensuale come ad esempio il Programma integrato di intervento di cui alla Legge n. 179 del 1992.

---

[250] L'art. 61 del Codice dei contratti pubblici prevede che: "*Nel caso di contratti pubblici riguardanti la progettazione e la costruzione di un complesso residenziale di edilizia residenziale pubblica avente carattere economico e popolare, la cui sovvenzione pubblica, in conto capitale, sia superiore al 50% del costo di costruzione, il cui piano, a causa dell'entità', della complessità e della durata presunta dei relativi lavori, dev'essere stabilito sin dall'inizio sulla base di una stretta collaborazione in seno a un gruppo che comprende i delegati delle amministrazioni aggiudicatrici, degli esperti e l'imprenditore che avrà l'incarico di eseguire l'opera, e' possibile ricorrere a una speciale procedura di aggiudicazione, volta a scegliere l'imprenditore più idoneo a essere integrato nel gruppo*".

[251] Legge n. 162/1967 e successive modifiche.

[252] Le Società di trasformazione Urbana di cui all'art. 120 del D.Lgs. n. 267/2000

7. I termini e le forme di pubblicità, comunicazione ed informazione

7.1. I bandi, gli avvisi e gli inviti

Le norme della Sezione II del Codice, conformandosi integralmente alle previsioni della normativa comunitaria, individuano gli atti destinati a pubblicizzare l'indizione della gara definendone i contenuti e le modalità di pubblicazione.

È possibile fin d'ora classificare gli atti strumentali a tale obiettivo in quattro distinte tipologie:

A) gli avvisi di preinformazione di cui all'art. 63 del Codice. Diretti a preinformare gli operatori economici dell'importo stimato degli appalti e degli accordi quadro che la stazione appaltante intenderà affidare nel corso dell'anno, l'avviso di preinformazione potrà essere inviato alla Commissione ovvero pubblicato direttamente sul "profilo di committente" della stazione appaltante previo invio di apposita comunicazione in tal senso alla Commissione[253]. In entrambi i casi l'avviso dovrà essere pubblicato sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dell'Osservatorio. I contenuti dell'avviso sono indicati nel Codice, nell'Allegato X , punti 1) e 2) ed ogni altra informazione utile ai sensi dei formulari adottati dalla Commissione. La pubblicazione di tale avviso è facoltativa a meno che la stazione appaltante non intenda avvalersi della riduzione dei termini di presentazione delle domande e delle offerte[254]. L'avviso in questione non si applica alla procedura negoziata senza preventiva pubblicazione di un bando di gara[255];

---

[253] Ai sensi dell'art. 63, 4° comma, del D.Lgs n. 163/2006 infatti: *"I soggetti che pubblicano l'avviso di preinformazione sul loro profilo di committente inviano alla Commissione, per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione di cui all'allegato X, punto 3, una comunicazione in cui e' annunciata la pubblicazione di un avviso di preinformazione su un profilo di committente"*.

[254] Ai sensi dell'art. 63, 5° comma, del D.Lgs n. 163/2006: *"La pubblicazione degli avvisi di cui al comma 1 e' obbligatoria solo se i soggetti di cui al comma 1 si avvalgono della facoltà di ridurre i termini di ricezione delle offerte ai sensi dell'articolo 70, comma 7"*.

[255] Ai sensi dell'art. 63, 8° comma, del D.Lgs. n. 163/2006: "*Il presente articolo non si applica alle procedure negoziate senza pubblicazione preliminare di un bando di gara"*.

B) i bandi ed avvisi di gara (da distinguere dagli avvisi di preinformazione e di post informazione) sono disciplinati dall'art. 64 del Codice il quale impone che le amministrazioni che intendano affidare un appalto mediante le procedure aperte, ristrette, negoziate (nel solo caso in cui sia richiesta la pubblicazione del bando), dialogo competitivo ovvero nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione devono rendere nota tale intenzione mediante un bando di gara. È parimenti richiesto il bando di gara per istituire un sistema dinamico di acquisizione a prescindere dalla successiva aggiudicazione di appalti. Il bando dovrà presentare, come minimo, i contenuti di cui all'allegato IXA, punto 3 del Codice. Le modalità di pubblicazione sono indicate dall'art. 66 del Codice e riassunte nello schema di cui appresso;

C) l'avviso sui risultati della procedura ("*avvisi di post-informazione*") è regolamentato dell'art. 65 del Codice ed assolve la specifica funzione di rendere noti i risultati della procedura di aggiudicazione esperita dalla stazione appaltante. Richiesto nel caso di aggiudicazione di un appalto[256] ovvero di stipula di un accordo quadro[257], esso dovrà presentare i contenuti di cui all'Allegato IXA, punto 5 ed essere inviato entro 48 giorni dall'intervenuta aggiudicazione ovvero dall'avvenuta stipula. Talune informazioni relative all'aggiudicazione del contratto o alla conclusione dell'accordo quadro possono essere omesse qualora la loro divulgazione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra questi;

D) gli inviti a presentare le offerte, a partecipare al dialogo competitivo ed a negoziare (procedure negoziate) sono regolamentati dall'art. 67 del Codice che recepisce integralmente l'art. 40 della Direttiva 2004/18/Ce. Essi non sono soggetti, diversamente dalle tipologie di cui sopra, a forme di pubblicità e dovranno indicare:

---

[256] Anche qualora si tratti di appalti aggiudicati nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione; difatti ai sensi dell'art. 65, 3° comma del D.Lgs. n. 163/2006: *"Le stazioni appaltanti inviano un avviso relativo al risultato dell'aggiudicazione degli appalti basati su un sistema dinamico di acquisizione entro quarantotto giorni dall'aggiudicazione di ogni appalto. Esse possono tuttavia raggruppare detti avvisi su base trimestrale. In tal caso, esse inviano gli avvisi raggruppati al più tardi quarantotto giorni dopo la fine di ogni trimestre"*.

[257] L'art. 65, 2° comma del D.Lgs. n. 163/2006 precisa che: *"Nel caso di accordi quadro conclusi in conformità all'articolo 59, le stazioni appaltanti sono esentate dall'invio di un avviso in merito ai risultati della procedura di aggiudicazione di ciascun appalto basato su tale accordo"*.

a) gli estremi del bando di gara pubblicato;

b) il termine per la ricezione delle offerte, l'indirizzo al quale esse devono essere trasmesse e la lingua o le lingue, diverse da quella italiana, in cui possono essere redatte, fermo restando l'obbligo di redazione in lingua italiana e il rispetto delle norme sul bilinguismo nella Provincia autonoma di Bolzano[258];

c) in caso di dialogo competitivo, la data stabilita e l'indirizzo per l'inizio della fase di consultazione, nonché le lingue obbligatoria e facoltativa, con le modalità di cui alla lettera *b* del presente comma;

d) l'indicazione dei documenti eventualmente da allegare a sostegno delle dichiarazioni verificabili prescritte dal bando o dall'invito, e secondo le stesse modalità stabilite dagli articoli 39, 40, 41 e 42;

e) i criteri di selezione dell'offerta, se non figurano nel bando di gara;

f) in caso di offerta economicamente più vantaggiosa, la ponderazione relativa degli elementi oppure l'ordine decrescente di importanza, se non figurano già nel bando di gara, nel capitolato d'oneri o nel documento descrittivo.

---

[258] Ai sensi dell'art. 67, 4° comma, del D.Lgs. n. 163/2006: "*Nel dialogo competitivo gli elementi di cui alla lettera b) del comma 2 non sono indicati nell'invito a partecipare al dialogo, bensì nell'invito a presentare l'offerta*".

Tav. 1 Bandi, avvisi ed inviti: procedure, pubblicità e contenuti

Tipologia	Forme di pubblicità	Contenuti	Facoltatività/obbligatorietà	Informazioni	Procedure
Avviso di preinformazione /art. 63 D.LGs. n. 163/2006	- invio alla Commissione; - ovvero pubblicazione sul "profilo di committente" previa comunicazione alla Commissione; - pubblicazione sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dell'Osservatorio	sono indicati: - nel Codice; - nell'Allegato X , punti 1) e 2); - nei formulari adottati dalla Commissione	- facoltatività; - obbligatorietà nel solo caso in cui la stazione appaltante intenda avvalersi della riduzione dei termini di presentazione delle offerte	a) per le forniture, l'importo complessivo stimato degli appalti o degli accordi quadro, per gruppi di prodotti, che intendono aggiudicare nei dodici mesi successivi, qualora il loro valore complessivo stimato, tenuto conto degli articoli 28 e 29, sia pari o superiore a 750.000 euro; i gruppi di prodotti sono definiti mediante riferimento alle voci della nomenclatura CPV; il Ministro dell'economia e delle finanze pubblica nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana le modalità di riferimento da fare, nei bandi di gara, a particolari voci della nomenclatura in conformità con quanto eventualmente stabilito dalla Commissione; b) per i servizi, l'importo complessivo stimato degli appalti o degli accordi quadro, per ciascuna delle categorie di servizi elencate nell'allegato II A, che intendono aggiudicare nei dodici mesi successivi, qualora tale importo complessivo stimato, tenuto conto degli articoli 28 e 29, sia pari o superiore a 750.000 euro; c) per i lavori, le caratteristiche essenziali dei contratti o degli accordi quadro che intendono aggiudicare e i cui importi stimati siano pari o superiori alla soglia indicata all'articolo 28, tenuto conto dell'articolo 29.	Tutte, fatta eccezione per la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara
Bando ed avviso di gara/ artt. 64 e 66 del D.Lgs. n. 163/2006	appalti sopra soglia (art. 66): - trasmissione alla Commissione europea per via elettronica ovvero mediante fax nel	sono indicati: - nel Codice; - nell'Allegato X , punti 1, lett a) e b) 2) e 3);	Obbligatorietà	Quelle di cui ai modelli indicati nell'Allegato X	Procedure aperte, ristrette, negoziate con bando, accordo quadro, dialogo competitivo, istituzione sistema dinamico

Tipologia	Forme di pubblicità	Contenuti	Facoltatività/obbligatorietà	Informazioni	Procedure
	caso di procedura urgente; - pubblicazione sulla G.U.C.E. entro cinque giorni dalla trasmissione se trasmessi per via elettronica ovvero dodici giorni dal loro invio se avvenuto con modalità diverse diversamente; - pubblicazione sulla G.U.R.I. dopo cinque giorni dall'invio alla Commissione a mezzo elettronico ovvero in caso di urgenza e dopo dodici giorni negli altri casi (art. 66, 7° comma); - pubblicazione sul profilo di committente della stazione appaltante ((art. 66, 7° comma); - pubblicazione sui siti informatici del ministero delle Infrastrutture (D.M. 6.4.2001, n. 20) e sul sito informativo dell'Osservatorio con gli estremi della pubblicazione in Gazzetta[259](art. 66, 7° comma); - pubblicazione per estratto su almeno due quotidiani a diffusione nazione (art. 66, 7° comma); - pubblicazione per estratto su almeno due quotidiani a diffusione locale (art. 66, 7° comma).	- nei formulari adottati dalla Commissione			di acquisizione ed aggiudicazione dei relativi appalti.

[259] Con riferimento alla pubblicazione sul sito dell'Osservatorio l'art. 253, 10° comma, del Codice ha precisato che: "*Sino all'entrata in funzione del sito informatico presso l'Osservatorio, i bandi e gli avvisi sono pubblicati solo sul sito informatico di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n. 20*".

Tipologia	Forme di pubblicità	Contenuti	Facoltatività/obbligatorietà	Informazioni	Procedure
	Per gli appalti sotto soglia: le forme di pubblicità di cui all'art. 66, 7° comma del Codice				
Avviso di post-informazione /art. 65 del Codice	Invio agli interessati entro quarantotto giorni dall'aggiudicazione dell'appalto	sono indicati: - nel Codice; - nell'Allegato IXA , punto 5; - nei formulari adottati dalla Commissione	Obbligatorietà fatta eccezione per gli appalti di servizi elencati nell'allegato II B[260]	Aggiudicatario dell'appalto oltre le informazioni di cui al modello dell'allegato IX A punto 5	Aggiudicazione di un appalto quale ne sia la tipologia e la procedura di aggiudicazione. Talune informazioni relative all'aggiudicazione del contratto o alla conclusione dell'accordo quadro possono essere omesse qualora la loro divulgazione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra questi.

Fonte: Centro studi Cni, 2006

[260] Art. 65, 4° comma, del D.LGs. n. 163/2006.

7.2. I termini

Norma di riferimento è l'art. 70 del Codice che, recependo l'art. 38 della Direttiva 2004/18, conserva – rispetto al previgente regime – la ripartizione fra:

1) termini ordinari;
2) termini abbreviati;
3) termini per le procedure urgenti;
4) termini speciali.

A titolo di criterio generale, il Codice individua i termini ivi stabiliti come "minimi inderogabili", ma nel contempo impone alla stazione appaltante di modularne l'estensione a seconda della complessità della prestazione e del tempo ordinariamente occorrente per la preparazione delle offerte[261]. I termini previsti per l'affidamento degli appalti d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria sono riassunti nella tavola di seguito riportata.

[261] Art. 70, 1° comma, del D.LGs. n. 163/2006.

Tav. 2 Procedure e termini

	Termini ordinari	**Termini abbreviati all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione**[262]	**Termini abbreviati all'esito delle trasmissioni dei bandi ed accesso ai capitolati per via elettronica**[263]	**Termini abbreviati per procedure d'urgenza**[264]	**Proroga termini nei casi di: 1) mancata tempestiva visione dei capitolati; 2) necessità di visita dei luoghi**[265]	**Termini speciali**
PROCEDURE APERTE	*Offerte*: 52 giorni dalla data di trasmissione del bando alla	- *Offerte:* 36 giorni ridotti al massimo fino a 22 giorni dall'invio del bando	- T*rasmissione Bandi (art. 70, 8° comma)* - *Offerte:* riduzione di 7	- *Domande:* termine ridotto non inferiore a 15 giorni dalla	*Offerte:* i termini per la ricezione sono	- *Offerte aventi ad oggetto la progettazione*

[262] Ai sensi del'art. 70, 7° comma del D.Lgs. n. 163/2006 i termini ridotti sono ammessi a condizione *"....che l'avviso di preinformazione a suo tempo pubblicato contenesse tutte le informazioni richieste per il bando dall'allegato IX A, sempre che dette informazioni fossero disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso e che tale avviso fosse stato inviato per la pubblicazione non meno di cinquantadue giorni e non oltre dodici mesi prima della trasmissione del bando di gara"*.

[263] Dispone l'art. 70, 8° comma, che: *"Se i bandi sono redatti e trasmessi per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisati nell'allegato X, punto 3, i termini minimi per la ricezione delle offerte, di cui ai commi 2 e 7, nelle procedure aperte, e il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione di cui al comma 3, nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziate e nel dialogo competitivo, possono essere ridotti di sette giorni"*; a sua volta il successivo 9° comma dispone che: "*Se le stazioni appaltanti offrono, per via elettronica e a decorrere dalla pubblicazione del bando secondo l'allegato X, l'accesso libero, diretto e completo al capitolato d'oneri e a ogni documento complementare, precisando nel testo del bando l'indirizzo Internet presso il quale tale documentazione e' accessibile, il termine minimo di ricezione delle offerte di cui al comma 2, nelle procedure aperte, e il termine minimo di ricezione delle offerte di cui al comma 4, nelle procedure ristrette, possono essere ridotti di cinque giorni. Tale riduzione e' cumulabile con quella di cui al comma 8"*.

[264] Art. 70, 11° comma, del D.LGs. n. 163/2006 secondo cui: *"Nelle procedure ristrette e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, quando l'urgenza rende impossibile rispettare i termini minimi previsti dal presente articolo, le stazioni appaltanti, purché indichino nel bando di gara le ragioni dell'urgenza, possono stabilire:*

a) un termine per la ricezione delle domande di partecipazione, non inferiore a quindici giorni dalla data di pubblicazione del bando di gara sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, successiva alla trasmissione del bando alla Commissione;

b) nelle procedure ristrette, un termine per la ricezione delle offerte non inferiore a dieci giorni, ovvero non inferiore a trenta giorni se l'offerta ha per oggetto anche il progetto esecutivo, decorrente dalla data di invio dell'invito a presentare offerte. Tale previsione non si applica al termine per la ricezione delle offerte, se queste hanno per oggetto anche il progetto definitivo". Ai sensi dell'art. 70, comma 12, del D.Lgs. n. 163/2006: *"Nelle procedure negoziate senza bando e nel dialogo competitivo, quando l'urgenza rende impossibile osservare i termini minimi previsti dal presente articolo, l'amministrazione stabilisce i termini nel rispetto, per quanto possibile, del comma 1"*.

[265] Ai sensi dell'art. 70, 10° comma, del D.LGs. n. 163/2006: *"Se, per qualunque motivo, il capitolato d'oneri o i documenti e le informazioni complementari, sebbene richiesti in tempo utile da parte degli operatori economici, non sono stati forniti entro i termini di cui agli articoli 71 e 72, o se le offerte possono essere formulate solo a seguito di una visita dei luoghi o previa consultazione sul posto dei documenti allegati al capitolato d'oneri, i termini per la ricezione delle offerte sono prorogati in modo adeguato a consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla preparazione delle offerte."*.

	Termini ordinari	**Termini abbreviati all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione[262]**	**Termini abbreviati all'esito delle trasmissioni dei bandi ed accesso ai capitolati per via elettronica[263]**	**Termini abbreviati per procedure d'urgenza[264]**	**Proroga termini nei casi di: 1) mancata tempestiva visione dei capitolati; 2) necessità di visita dei luoghi[265]**	**Termini speciali**
PROCEDURE APERTE	Commissione	alla Commissione europea[266]; - *Offerte aventi ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva:* 50 giorni decorrenti_dalla data di invio del bando di gara alla Commissione[267]	giorni rispetto al termine ordinario o abbreviato all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione; - *accesso libero ai capitolati (art. 70, 9° comma) – Offerte:* riduzione di 5 giorni (riduzione cumulabile con le atre riduzioni ai sensi dell'art. 70, 9° comma)	data di *pubblicazione del bando sulla G.U.R.I.*[268] (art. 70, 11° comma, lett. a);	formulati in modo adeguato a consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni per la formulazione delle offerte	*esecutiva*: 60 giorni (Art. 70, 6° comma); - *Offerte aventi ad oggetto la progettazione definitiva e la progettazione esecutiva*: 80 giorni (Art. 70, 6° comma);
PROCEDURE RISTRETTE	- *Domande:* 37 giorni dalla data di trasmissione del bando alla Commissione; - *Offerte:* 40 giorni dalla ricezione della lettera di invito (art. 70, 4° comma)	- *Offerte:* 36 giorni ridotti al massimo fino a 22 giorni dall'invio del bando alla Commissione europea; - *Offerte aventi ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva*: 50 giorni decorrenti_dalla data di invio del bando di gara alla Commissione[269]	- T*rasmissione Bandi (art. 70, 8° comma)* - *Domande:* riduzione di 7 giorni rispetto al termine ordinario o abbreviato all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione; - *accesso libero ai capitolati(art. 70, 9° comma) – Offerte:* riduzione	- *Domande:* termine ridotto non inferiore a 15 giorni dalla data di *pubblicazione del bando sulla G.U.R.I.* (art. 70, 11° comma, lett. a); - *Offerte*: non inferiore a 10 giorni decorrenti dalla data di invio dell'invito (art.	*Offerte:* i termini per la ricezione sono formulati in modo adeguato a consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni	- *Offerte aventi ad oggetto la progettazione esecutiva:* 60 giorni dall'invio della lettera di invito (Art. 70, 6° comma); - *Offerte aventi ad oggetto la progettazione definitiva e la*

[266] Si noti che, rispetto al testo previgente che prevedeva nelle procedure ristrette una riduzione massima fino a **26 giorni**, il testo attuale prevede una riduzione analoga a quella delle procedure aperte ossia **massimo 22 giorni**.

[267] Nel silenzio della previsione di cui al 7° comma dell'art. 70 del Codice si ritiene che nel caso in cui l'offerta abbia ad oggetto la sola progettazione esecutiva (e non anche la progettazione definitiva ed esecutiva) il termine minimo ridotto non potrà essere quello dei cinquanta giorni (previsto nel caso di progettazione definitiva ed esecutiva), ma il termine generale ridotto di 37 giorni ovvero 22 giorni.

[268] Le altre riduzioni decorrono dalla data **di trasmissione del bando alla Commissione** e non dalla data di pubblicazione sulla G.U.R.I. che è comunque successiva alla prima.

[269] Nel silenzio della previsione di cui al 7° comma dell'art. 70 del Codice si ritiene che nel caso in cui l'offerta abbia ad oggetto la sola progettazione esecutiva (e non anche la progettazione definitiva ed esecutiva) il termine minimo ridotto

	Termini ordinari	**Termini abbreviati all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione[262]**	**Termini abbreviati all'esito delle trasmissioni dei bandi ed accesso ai capitolati per via elettronica[263]**	**Termini abbreviati per procedure d'urgenza[264]**	**Proroga termini nei casi di: 1) mancata tempestiva visione dei capitolati; 2) necessità di visita dei luoghi[265]**	**Termini speciali**
PROCEDURE RISTRETTE			*Offerte:* riduzione di 5 giorni (riduzione cumulabile con le atre riduzioni ai sensi dell'art. 70, 9° comma)	dell'invito (art. 70, 11° comma, lett. b); - *Offerte aventi ad oggetto il solo progetto esecutivo*: non inferiore a trenta giorni decorrenti dalla data di invio dell'invito[270]	informazioni per la formulazione delle offerte	*definitiva e la progettazione esecutiva*: 80 giorni dall'invio della lettera di invito (Art. 70, 6° comma);
PROCEDURE NEGOZIATE CON BANDO	- *Domande:* 37 giorni dalla data di trasmissione del bando alla Commissione - *Offerte*: 20 giorni dall'invio dell'invito (art. 70, 5° comma);		- T*rasmissione Bandi(art. 70, 8° comma)* - *Domande:* riduzione di 7 giorni rispetto al termine ordinario o abbreviato all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione;	Termini per domande ed offerte scelti dall'Ente nel rispetto dei principi di cui all'art. 70, 1° comma	*Offerte:* i termini per la ricezione sono formulati in modo adeguato a consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni per la formulazione delle offerte	- *Offerte aventi ad oggetto la progettazione esecutiva:* 60 giorni dall'invio della lettera di invito (Art. 70, 6° comma); - *Offerte aventi ad oggetto la progettazione definitiva e la progettazione esecutiva:* 80 giorni dall'invio della lettera di invito (Art. 70, 6° comma);
PROCEDURE NEGOZIATE SENZA BANDO	- *Domande:* 37 giorni dalla data di trasmissione del		- T*rasmissione Bandi (art. 70, 8° comma)* -	Termini per domande ed offerte scelti	*Offerte:* i termini per la ricezione	- *Offerte aventi ad oggetto la*

non potrà essere quello dei cinquanta giorni (previsto nel caso di progettazione definitiva ed esecutiva), ma il termine generale ridotto di 37 giorni ovvero 22 giorni.

270 Tale previsione non si applica al termine per la ricezione delle offerte, se queste hanno per oggetto anche il progetto definitivo.

	Termini ordinari	**Termini abbreviati all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione[262]**	**Termini abbreviati all'esito delle trasmissioni dei bandi ed accesso ai capitolati per via elettronica[263]**	**Termini abbreviati per procedure d'urgenza[264]**	**Proroga termini nei casi di: 1) mancata tempestiva visione dei capitolati; 2) necessità di visita dei luoghi[265]**	**Termini speciali**
PROCEDURE NEGOZIATE SENZA BANDO	bando alla Commissione - *Offerte:* 20 giorni dall'invio dell'invito (art. 70, 5° comma)		*Domande:* riduzione di 7 giorni rispetto al termine ordinario o abbreviato all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione;	dall'Ente nel rispetto dei principi di cui all'art. 70, 1° comma	sono formulati in modo adeguato a consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni per la formulazione delle offerte	*progettazione esecutiva:* 60 giorni dall'invio della lettera di invito (Art. 70, 6° comma); - *Offerte aventi ad oggetto la progettazione definitiva e la progettazione esecutiva:* 80 giorni dall'invio della lettera di invito (Art. 70, 6° comma);
DIALOGO COMPETITIVO	- *Domande:* 37 giorni dalla data di trasmissione del bando alla Commissione (art. 70, 5° comma) - *Offerte :* 20 giorni dall'invio dell'invito (art. 70, 5° comma)		- T*rasmissione Bandi(art. 70, 8° comma)* - *Domande:* riduzione di 7 giorni rispetto al termine ordinario o abbreviato all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione;	Termini per domande ed offerte scelti dall'Ente nel rispetto dei principi di cui all'art. 70, 1° comma	*Offerte:* i termini per la ricezione sono formulati in modo adeguato a consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni per la formulazione delle offerte	- *Offerte aventi ad oggetto la progettazione esecutiva:* 60 giorni dall'invio della lettera di invito (Art. 70, 6° comma); - *Offerte aventi ad oggetto la progettazione definitiva e la progettazione esecutiva*: 80 giorni dall'invio della lettera di invito (Art. 70, 6° comma);

Fonte: Centro studi Cni, 2006

7.3. Le forme di comunicazione e di informazione

Recependo le innovative disposizioni della Direttiva 2004/18/Ce ed in particolare l'art. 42, l'art. 77 del D.Lgs. n. 163/2006 detta le nuove regole sulle comunicazioni sia degli operatori economici alla stazione appaltante e sia di quest'ultima agli operatori economici.

La scelta del mezzo attraverso cui procedere alla comunicazione dovrà comunque essere rispettosa del principio della libera concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione degli operatori alla procedura, nonché della garanzia della riservatezza e segretezza della documentazione. I mezzi, tassativamente indicati dal 1° comma, potranno essere scelti dalla stazione appaltante fra: 1) posta; 2) fax; 3) per via elettronica; 4) per telefono; 5) ovvero adottando una combinazione fra loro.

La scelta discrezionale della pubblica amministrazione incontra, però, un limite riguardo le modalità di presentazione della domanda che dovrà avvenire, a scelta dell'operatore, con una delle seguenti modalità[271]: per telefono, ovvero per iscritto mediante lettera, telegramma, telex, fax[272]. Ferme restando queste da ultimo citate direttamente imposte dalla legge, le stazioni appaltanti potranno consentire la presentazione delle domande di partecipazione anche:

1) per *via elettronica* ma sempre che siano rispettate le condizioni di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 77 del Codice[273];

2) direttamente presso l'ufficio indicato nel bando o nell'invito[274].

---

[271] Art. 77, 7° comma, del D.Lgs. n. 163/2006.

[272] Rileva R. DE NICTOLIS in *il nuovo Codice degli appalti pubblici*, 2006, 138 ss. che un'importante elemento innovativo della previsione in questione è l'aver ridotto a dure grandi categorie generali (scritto e telefono) le forme di comunicazione della domanda di partecipazione da parte dei concorrenti e che, di conseguenza, le forme fax, telefax e telegramma rappresentano delle forme scritte (e non più autonome come nel previgente regime) di comunicazione.

[273] Si tenga presente che, ai sensi dell'art. 253, comma 12, del D.LGs. n. 163/2006 per un periodo transitorio di tre anni decorrenti dalla data di entrata in vigore del Codice (1.7.2006), le stazioni appaltanti non richiedono agli operatori economici l'utilizzo degli strumenti elettronici quale mezzo esclusivo di comunicazione. Ciò, tuttavia, non vieta che la stazione appaltante possa ricorrere al sistema elettronico quale mezzo ultroneo (e non esclusivo) di comunicazione ed informazione.

[274] Questo vale anche per le offerte; difatti ai sensi dell'art. 77 4° comma, del D.Lgs. n. 163/2006: "*Nel rispetto del comma 3, le stazioni appaltanti possono acconsentire, come mezzo non esclusivo, anche alla presentazione diretta delle offerte e delle domande di partecipazione, presso l'ufficio indicato nel bando o nell'invito*".

Le stazioni appaltanti possono, altresì, esigere che le domande di partecipazione presentate mediante telex o mediante fax siano confermate per posta o per via elettronica indicando nel bando di gara tale esigenza e il termine entro il quale essa dovrà essere soddisfatta.

L'uso dei mezzi elettronici di comunicazione non potrà essere discriminatorio e le stazioni appaltanti dovranno fare ricorso a strumenti comunemente disponibili al pubblico e compatibili con i prodotti generalmente in uso nel rispetto del D.Lgs. 7.3.2005, n. 82 – *Codice dell'amministrazione digitale* e del D.Lgs. n. 42 del 28.02.2005 recante *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*.

Ai dispositivi di trasmissione e ricezione elettronica delle domande e delle offerte si applicano i seguenti principi dettati dal 6° comma dell'art. 77 ossia:

a) le informazioni concernenti le specifiche necessarie alla presentazione di offerte e domande di partecipazione per via elettronica, ivi compresa la cifratura, sono messe a disposizione degli interessati. Inoltre i dispositivi di ricezione elettronica delle offerte e delle domande di partecipazione sono conformi ai requisiti dell'allegato XII, nel rispetto, altresì, del Decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, per le stazioni appaltanti tenute alla sua osservanza;

b) le offerte presentate per via elettronica possono essere effettuate solo utilizzando la firma elettronica digitale come definita e disciplinata dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82;

c) per la prestazione dei servizi di certificazione in relazione ai dispositivi elettronici della lettera *a* e in relazione alla firma digitale di cui alla lettera *b*, si applicano le norme sui certificatori qualificati e sul sistema di accreditamento facoltativo, dettate dal Decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82;

d) gli offerenti e i candidati si impegnano a che i documenti, i certificati e le dichiarazioni relativi ai requisiti di partecipazione di cui agli articoli da 38 a 46 e di cui agli articoli 231, 232, 233, se non sono disponibili in formato elettronico, siano presentati in

forma cartacea prima della scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione.

Gli obblighi informativi a carico delle stazioni appaltanti sono, invece, individuati dall'art. 79 del D.Lgs. n. 163/2006. In via generale esse devono tempestivamente comunicare le decisioni assunte riguardo la conclusione ovvero la mancata conclusione delle procedure di aggiudicazione afferenti agli appalti, agli accordi quadro ovvero all'adesione ad un sistema dinamico di acquisizione[275]. Le stazioni comunicano altresì:

a) ad ogni candidato escluso i motivi del rigetto della candidatura;

b) ad ogni offerente escluso i motivi del rigetto della sua offerta, inclusi, per i casi di cui all'articolo 68, commi 4 e 7, i motivi della decisione di non equivalenza o della decisione secondo cui i lavori, le forniture o i servizi non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali;

c) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionabile, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro.

Il diritto all'informazione è azionabile su specifica istanza dell'operatore economico e non può, pertanto, ritenersi esperibile d'ufficio fatta eccezione per quanto statuito dall'art. 79, 5° comma del D.Lgs. n. 163/2006 secondo cui l'Amministrazione è tenuta a comunicare d'ufficio:

a) l'aggiudicazione, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, nonché a coloro la cui offerta sia stata esclusa, se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare detta impugnazione;

---

[275] Ai sensi dell'art. 79, 1° comma, del D.Lgs. n. 163/2006: "*Le stazioni appaltanti informano tempestivamente i candidati e gli offerenti delle decisioni prese riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto, o all'ammissione in un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi della decisione di non concludere un accordo quadro, ovvero di non aggiudicare un appalto per il quale e' stata indetta una gara, ovvero di riavviare la procedura, ovvero di non attuare un sistema dinamico di acquisizione*".

b) l'esclusione, ai candidati e agli offerenti esclusi, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni dall'esclusione.

L'interesse all'informazione dei concorrenti è destinato a cadere a fronte delle contrapposte esigenze di tutela di valori meritevoli e che, il legislatore, sulla base di uno specifico apprezzamento effettuato a monte, abbia ritenuto prevalenti rispetto a quello informativo. Tali interessi sono: 1) l'applicazione della legge; 2) la conformità all'interesse pubblico; 3) la tutela dei legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici e privati; 4) tutela della leale concorrenza. Anche in questi casi, però, resta fermo l'obbligo da parte della stazione appaltante, di comunicare le informazioni di cui all'art. 79, 5° comma, lett. *a* e *b* del Codice.

8. I criteri di selezione e la verifica delle offerte

8.1. I criteri di aggiudicazione

L'art. 81 del D.Lgs. n. 163/2006 individua i "*criteri di aggiudicazione*" ossia quei criteri attraverso i quali la stazione appaltante sceglie, all'esito di una specifica procedura di aggiudicazione, l'appaltatore ovvero il concessionario chiamato ad eseguire la prestazione. Tali criteri sono: il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa.

La norma si conforma alle previsioni di cui all'art. 53 della Direttiva 2004/18/Ce superando, per alcuni aspetti, la normativa pregressa di cui alla legge 109/1994.

Innanzitutto deve essere sottolineato come la scelta del legislatore sia tassativa e ricada su tali due criteri in quanto questi garantiscono che la scelta dell'appaltatore avvenga applicando regole obiettive che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di parità di trattamento, di non discriminazione, nonché la libera concorrenza fra i diversi operatori.

Rispetto al regime previgente[276] assume particolare rilievo il 2° comma dell'art. 81 del Codice secondo cui: *"Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta"*. Tale previsione normativa introduce la facoltà della stazione appaltante di scelta discrezionale del criterio (ovviamente fra quelli indicati dalla norma) in forza del quale aggiudicare la gara ed attua la delega espressamente prevista dall'art. 25, 1° comma, lett. d), della Legge n. 62, del 18.04.2005 che delegava il Governo ad adeguare la normativa alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 7 ottobre 2004 nella causa C-247/02. Con tale pronuncia il Giudice europeo si è pronunciato nel senso della contrarietà all'art. 30, n. 1 della Direttiva n. 93/37/Ce dell'art. 21 della Legge n. 109/1994 nella parte in cui, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponeva, in termini generali ed astratti, alle

[276] Di cui all'art. 21 della Legge n. 109/1994 e successive modifiche.

amministrazioni aggiudicatici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso[277]. La *ratio* della censura si rinviene nel fatto che l'imposizione alla pubblica amministrazione – stazione appaltante di un criterio predeterminato (prezzo più basso) per alcune tipologie di procedure di aggiudicazione (procedura aperta), pur garantendo l'individuazione della migliore sulla base di un criterio oggettivo preventivamente fissato, non tutelava adeguatamente il principio della libera concorrenza *"privando le amministrazioni aggiudicatici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta"*[278].

L'art. 81 del Codice, come detto sopra, attua la delega introducendo la facoltà delle stazioni appaltanti di scegliere il criterio più adeguato, ovviamente fra quelli indicati del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa, "*in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto"*. La norma introduce, dunque, un profilo di discrezionalità della pubblica amministrazione in ordine ad una scelta – quale è quella del criterio di aggiudicazione – sicuramente strategica e che se non ben esercitata rischia di aprire il varco a soluzioni effettivamente discriminatorie e lesive della concorrenza. In particolare, la scelta del criterio in relazione all'oggetto dell'appalto impone di valutare anche la scelta dei parametri di valutazione che caratterizzano l'offerta economicamente più vantaggiosa ed il peso loro assegnato riguardo allo specifico appalto; la motivazione della stazione appaltante diviene, dunque, non solamente necessaria, ma altresì essenziale al fine di comprendere e valutare il ragionamento esperito sul punto dalla stazione appaltante. L'assenza di ulteriori e specifici criteri capaci di orientare la scelta della pubblica amministrazione apre il varco al rischio di un incremento del contenzioso fra operatori concorrenti e stazione appaltante.

Ciò detto, la norma di cui all'art. 81 del Codice, per quanto indiscutibilmente innovativa sotto il profilo formale, non stravolge l'assetto

---

[277] Per un'analisi dell'art. 21 della Legge n. 109/1994 ed in particolare sulle problematiche connesse alla compatibilità con il diritto comunitario della norma interna si veda (in termini positivi) CORSINI *commento all'art. 21* in *La legge quadro in materia di lavori pubblici* CARULLO – CLARIZIA (a cura di), 2000, 677.

[278] Si veda in particolare il punto 40 della Sentenza C-247/2002. Per un commento alla sentenza si veda R. DE NICTOLIS *La Corte Ce e l'art. 21 legge Merloni: Le amministrazioni aggiudicatici possono scegliere il criterio di aggiudicazione*, in URB e APP., 11/2004, 1267 ss.

previgente della disciplina degli appalti pubblici ivi compresa quella relativa ai lavori come stratificata nelle diverse modifiche intervenute. Anzi, a ben vedere, l'attuale regime è, per grandi linee, ripreso dal regime afferente gli appalti "**speciali**" di cui al D.Lgs. n. 158/1995 e per i lavori dall'art. 29 del D.Lgs. n. 406/1991, per i quali, peraltro, la facoltà di scelta fra "*prezzo più basso*" ed "*offerta economicamente più vantaggiosa*" è principio da tempo consolidato[279].

Per i lavori, in particolar modo, la previsione di cui all'art. 29 del D.Lgs. n. 406/1991 citato, abrogata dall'art. 231 del DPR n. 554/99, era stata già riproposta, seppur in forma mitigata, dall'art. 7 della Legge n. 166 dell'1.8.2002 che, introducendo all'art. 21 della Legge n. 109/1994, il comma 1 – *ter*[280], prevedeva la facoltà per la stazione appaltante di aggiudicare gli appalti all'esito di procedure aperte e/o ristrette mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa qualora "*per la prevalenza della componente tecnologica o per la particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali, si ritiene possibile che la progettazione possa essere utilmente migliorata con integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore*". Rispetto alla previsione di cui all'art. 81 del Codice, la norma – Merloni presentava un margine di operatività più

---

[279] Dispone l'art. 24 del D.Lgs. n. 158/1995 che: *"Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici, gli appalti disciplinati dal presente decreto sono aggiudicati in base ad uno dei seguenti criteri: a) quello del prezzo più basso; b) quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, valutabile in base ad elementi diversi, variabili secondo la natura dell'appalto, quali il termine di esecuzione o di consegna, il costo di gestione, il rendimento, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il valore tecnico, il servizio successivo, l'assistenza tecnica, l'impegno in materia di pezzi di ricambio, la sicurezza di approvvigionamento, il prezzo; in tal caso il soggetto aggiudicatore indica, nel capitolato d'oneri o nel bando, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita, tutti i criteri che intende applicare"*. Il Cons. di Stato, nella sentenza n. 6415/2002, riguardo alla discrezionalità della pubblica amministrazione nella scelta del criterio di aggiudicazione per gli appalti dei cd . "settori speciali" statuiva che: *"La scelta relativa al metodo di aggiudicazione è una scelta discrezionale della stazione appaltante, che non può essere censurata se non nel caso di irragionevolezza ed incongruità dell'azione amministrativa, non esistendo una predeterminazione legislativa dei casi nei quali deve essere adottato un criterio di aggiudicazione in luogo di un altro (massimo ribasso o offerta economicamente più vantaggiosa). La scelta in concreto effettuata dall'amministrazione è stata censurata sotto il profilo dell'opportunità, profilo rilevante sul piano giustiziale ma irrilevante nel giudizio di legittimità innanzi al giudice amministrativo"*.

[280] Dispone l'art. 21, comma 1 – *ter* della Legge n. 109/1994 che: *"L'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata può essere effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, determinata in base agli elementi di cui al comma 2, lettera a), nel caso di appalti di importo superiore alla soglia comunitaria in cui, per la prevalenza della componente tecnologica o per la particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali, si ritiene possibile che la progettazione possa essere utilmente migliorata con integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore"*.

ristretto, limitata dal valore dell'appalto ("*sopra soglia*") e dalla sua complessità; tuttavia tali differenziazioni sembrerebbero attenuarsi ove si prescinda dal tenore meramente letterale della norma e si passino in rassegna le situazioni concrete in presenza delle quali appaia effettivamente prospettabile il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Difatti tale criterio impone una valutazione della maggior convenienza dell'offerta proposta dal concorrente, non esclusivamente sotto il profilo economico (prezzo), ma anche sotto profili per lo più di carattere tecnico; ciò logicamente presuppone che l'intervento presenti caratteristiche non standardizzate ed una complessità tali da ritenere essenziale la valutazione di tali caratteristiche; di contro, ossia qualora la prestazione fosse standardizzata, la valutazione dei profili dell'offerta diversi da quello meramente economico del prezzo non dovrebbe – tendenzialmente – apportare alcun beneficio alla pubblica amministrazione In estrema sintesi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa trova il proprio ambito privilegiato di operatività nell'aggiudicazione di prestazioni complesse che impongano un'attenta valutazione delle soluzioni tecnico progettuali prescelte dal ricorrente. Sicché anche in presenza di una previsione normativa che ampli la facoltà di scelta della pubblica amministrazione (art. 81), nella realtà i margini di operatività della stessa andrebbero fatti coincidere con la presenza di prestazioni caratterizzate da una particolare complessità tecnologica e/o progettuale dell'intervento[281] così come previsto dall'art. 21, comma ter della Legge n. 109/1994. Non è un caso, d'altra parte, che ogni qual volta la prestazione da eseguire sia caratterizzata da siffatta complessità, come nel caso del dialogo competitivo[282], di scelta del concessionario per il *project financing* e del *general contractor*, l'unico criterio di aggiudicazione esperibile secondo il Codice sia proprio quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il terzo comma dell'art. 81 del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che: *"Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto"*. La previsione, autonomamente inserita dal Codice e non di diretta derivazione comunitaria, individua sostanzialmente due casi di

---

[281] Concorda sul presupposto della complessità della prestazione per il ricorso all'offerta economicamente più vantaggiosa anche F. IACOVONE *Verifica dell'anomali anche per l'offerta più vantaggiosa*, in Ed e Ter n. 17/2006.

[282] Che, come si ricorderà, è caratterizzato da una complessità tale dell'intervento da impedire alla pubblica amministrazione di individuare la soluzione progettuale.

autotutela della stazione appaltante che potrà non aggiudicare il contratto qualora le offerte presentate siano rispettivamente non convenienti ovvero inidonee. Sulla differenza fra convenienza ed idoneità dell'offerta è possibile fare riferimento alle valutazione sottese ai due giudizi. La prima (convenienza), è caratterizzata da un giudizio di merito da parte della pubblica amministrazione che, quindi, concreta il provvedimento di autotutela della revoca con effetto *ex nunc*; di contro la seconda valutazione (idoneità) va riferita alla regolarità formale della medesima offerta e concreta, pertanto, in sede di autotutela un giudizio di annullamento avente efficacia *ex tunc*. La norma è evidentemente pleonastica in quanto l'esercizio del potere di autotutela è esercitatile dalla pubblica amministrazione in forza dei principi generali di legalità e del *contrarius actus* che informano l'azione amministrativa a prescindere, dunque, dall'esplicita previsione codicistica.

Un'ultima notazione concerne il 1° comma dell'art. 81 nella parte in cui fa salve "…….*le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici*"[283]. Si tratta di quelle disposizioni, come ad esempio i "*minimi tariffari*"[284], connesse alla remunerazione delle prestazioni di servizi, la cui obbligatorietà, però, pur essendo fatta salva dal Codice, è venuta meno ad opera della recente Legge 4.8.2006 n. 248 recante *"Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale"*[285].

La disciplina relativa ai criteri di aggiudicazione ha imposto, da subito, l'esigenza di una rivisitazione della vigente regolamentazione, anche

---

[283] In particolare dispone l'art. 81, 1° comma, del D.Lgs. n. 163/2006 che: *"Nei contratti pubblici, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici, la migliore offerta e' selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa"*.

[284] Sui quali si veda *infra* il paragrafo relativo agli incarichi di progettazione.

[285] In particolare ai sensi dell'art. 2 della Legge n. 248/2006: "*In conformità al principio comunitario di libera concorrenza ed a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali: a) l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti"*.

alla luce di alcune lacune ed incongruenze palesatesi nella sua applicazione.

Innanzitutto, l'esigenza di garantire il rispetto della concorrenza nelle procedure degli appalti pubblici ha spinto il legislatore interno, conformandosi a quello comunitario, ad individuare due soli criteri di aggiudicazione ossia quello del prezzo più basso (art. 82)[286] e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83)[287].

Per quanto concerne il prezzo più basso non si riscontrano novità di rilievo rispetto al regime previgente; difatti l'art. 82 del Codice distingue i criteri di individuazione del prezzo più basso a seconda che si tratti di contratto da stipulare a corpo, a misura ovvero a corpo e misura. In particolare:

a) per i contratti da stipulare a misura il prezzo più basso è' determinato mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara ovvero mediante offerta a prezzi unitari;

b) per i contratti da stipulare a corpo il prezzo più basso è determinato mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara ovvero mediante offerta a prezzi unitari;

c) per i contratti da stipulare parte a corpo e parte a misura, il prezzo più basso è determinato mediante offerta a prezzi unitari.

Il criterio prescelto dovrà essere espressamente indicato nel bando di gara[288].

Riguardo all'offerta economicamente più vantaggiosa, già dal dibattito comunitario, emergeva la necessità di intervenire sull'ampio margine di discrezionalità riservato alla pubblica amministrazione sia nell'individuazione dei criteri di valutazione, quanto nella determinazione del loro peso ponderale; in particolare *"in mancanza di una norma generale che obblighi a indicare la ponderazione dei relativi ai criteri fin dall'inizio della procedura, risulta difficile controllare la scelta definitiva dell'amministrazione aggiudicatrice. Non si può non riconoscere come*

---

[286] Art. 53 della Direttiva 2004/18/Ce
[287] Art. 53 della Direttiva 2004/18/Ce.
[288] L'art. 82, 4° comma del Codice precisa che: *"Le modalità applicative del ribasso sull'elenco prezzi e dell'offerta a prezzi unitari sono stabilite dal regolamento"*.

siffatta mancanza svuoti di ogni utilità, nello stadio cruciale dell'aggiudicazione degli appalti, le norme che disciplinano le precedenti fasi della procedura d'aggiudicazione"[289]. La nuova Direttiva ed il Codice che ne ha recepito il contenuto sono, pertanto, intervenuti sulla regolamentazione della fase dell'aggiudicazione delle gare d'appalto al fine di garantirne la conformità ai principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, nonché una valutazione delle offerte in condizioni di obiettiva concorrenza[290].

Per ciò che attiene il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'intervento del legislatore, conformandosi ad un consolidato orientamento statuito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia della Ce[291], si è orientato, da un lato a garantire che la scelta dei criteri di valutazione fosse collegata all'oggetto dell'appalto, dall'altro che il peso di tali valori fosse integralmente determinato già nella fase di avvio della procedura selettiva, in modo da consentire ai concorrenti di definire adeguatamente i contenuti della propria offerta.

Rispetto alla questione della determinazione dei criteri di valutazione, già l'art. 83, 1° comma, lett. a) – o) del D.Lgs. n. 163/2006[292] procede ad una prima, parziale, loro identificazione; chiaramente si tratta di una elencazione meramente esemplificativa che lascia all'apprezzamento discrezionale della pubblica amministrazione lo spazio sufficiente per

---

[289] Si veda la relazione illustrativa alla proposta di Direttiva presentata dalla Commissione il 30.08.2000 COM (2000) 275 definitivo.

[290] Si veda il considerando (46) della Direttiva 18/2004.

[291] Per gli appalti pubblici di servizi si veda Corte di Giustizia ce 17.09.2002 C-513/99; per gli appalti pubblici di lavori Corte di Giustizia Ce 26.09.2000 C-225/98.

[292] Il quale prevede che: *"Quando il contratto e' affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo:*
a) il prezzo;
b) la qualità;
c) il pregio tecnico;
d) le caratteristiche estetiche e funzionali;
e) le caratteristiche ambientali;
f) il costo di utilizzazione e manutenzione;
g) la redditività;
h) il servizio successivo alla vendita;
i) l'assistenza tecnica;
l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione;
m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio;
n) la sicurezza di approvvigionamento;
o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti".

individuare eventuali ulteriori criteri di valutazione[293]. In tale scelta, però, la discrezionalità della pubblica amministrazione trova un limite nell'esigenza che, i criteri prescelti, siano pertinenti alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto, tanto da consentire una adeguata valutazione della offerte sotto il profilo del rapporto qualità/prezzo di ciascuna di esse[294].

Da notare, anche fra i criteri di valutazione, l'inserimento (lett. *e*) delle "*caratteristiche ambientali dell'intervento*"[295]. La giurisprudenza comunitaria ha già da tempo riconosciuto la legittimità del ricorso a criteri di valutazione ambientale per la selezione delle offerte economicamente più vantaggiose alla luce del fatto che, da un lato anche i criteri non economici (quali appunto quelli ambientali) ben potrebbero incidere sulla valutazione del valore di una determinata offerta a e dall'altro che l'art. 6 del Trattato Ce introduce espressamente il principio della "*trasversalità*" degli obiettivi ambientali perseguiti dalla Comunità europea. Le relative limitazioni per il ricorso a tale criterio sono quelle afferenti a ciascun criterio ossia che esso sia collegato all'oggetto dell'appalto, non conferisca alla detta amministrazione una libertà incondizionata di scelta, sia espressamente menzionato nel capitolato d'appalto o nel bando di gara e rispetti tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione[296]. Peraltro il collegamento all'oggetto ed alla natura dell'intervento da appaltare e, di conseguenza, la formulazione del criterio in maniera tale da renderlo generalmente applicabile a tutte le offerte presentate permette di escludere *in nuce* qualsivoglia pericolo di lesione del principio della parità di trattamento fra i concorrenti pur

---

[293] *Ex multis* si veda Corte di Giustizia Ce sentenza 18 ottobre 2001, causa C-19/00, SIAC Construction, Racc. pag. I-7725, punto 35.

[294] Si veda l'art. 83, 1° comma, del D.Lgs. n. 163/2006 nonché il considerando (46)/3 della Direttiva 18/2004.

[295] In verità la Direttiva 2004/18 è permeata da più norma che fanno riferimento alla considerazione del fattore "ambiente"; per una ricostruzione sul punto si veda M. GRECO in www.appaltiecontratti.it del 23.08.2005.

[296] In merito ha puntualizzato la Corte di Giustizia nella sentenza C-513/99 del 17.09.2002, punto 64 che: "*L'amministrazione aggiudicatrice, quando decide di attribuire un appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, conformemente all'art. 36, n. 1, lett. a), della Direttiva 92/50, può prendere in considerazione criteri relativi alla tutela dell'ambiente, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano alla detta amministrazione una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione".* In dottrina si veda BROCCA M. *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti* in URB e APP, 2003, 168. Negli stessi termini Corte di Giustizia Ce 4.12.2003, C-448/01 con nota di POGACE in URB e APP 2004, 1385. Sul punto anche R. DE NICTOLIS in *Il nuovo Codice degli appalti pubblici cit.*, 148.

astrattamente prospettabile qualora solo un numero esiguo dei partecipanti sia in grado di asseverare a quanto statuito dal bando[297].

La mera indicazione dei criteri di valutazione - ancorché collegati all'oggetto dell'appalto – non è però sufficiente a garantire l'equità di giudizio dell'amministrazione; è necessario che quest'ultima individui espressamente *"la ponderazione relativa che attribuisce a ciascuno dei criteri scelti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa"*[298], eventualmente prevedendo una "*forcella*" fra un valore minimo ed un valore massimo da attribuire a ciascun criterio[299]. La "*forcella*"[300] si concreta, in sostanza, nella determinazione di un punteggio minimo che le offerte concorrenti dovranno raggiungere sotto il profilo tecniche per essere ammesse a valutazione per quanto concerne il distinto profilo economico. La previsione è intimamente connessa alla *ratio* che supporta l'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel quale assume valenza prioritaria la valutazione del profilo tecnico dell'intervento proposto rispetto al parametro meramente economico. Sicché, attesa la predetta priorità del fattore tecnico, non si è ritenuto discriminatorio prevedere un punteggio minimo - che denota il raggiungimento di un livello tecnico accettabile dell'offerta – per l'ammissione alla valutazione economica. Si noti, a riguardo, che la previsione normativa di cui all'art. 83, 2° comma del Codice prevede che la "*forcella*" sia, non solo preventivamente determinata ed indicata nel bando di gara, ma altresì espressa con "*un valore numerico determinato*" al fine di garantire in modo unico e trasparente le offerte migliori e limitare l'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante[301].

---

[297] Come precisato dalla Corte di Giustizia Ce nella sentenza C-513/98 del 2002, punto 86: *"il principio della parità di trattamento non osta a che siano presi in considerazione criteri collegati alla tutela dell'ambiente, come quelli di cui trattasi nella causa principale, per il solo fatto che la propria azienda di trasporti dell'amministrazione aggiudicatrice rientra fra le rare imprese che hanno la possibilità di offrire un materiale che soddisfì i detti criteri"*.

[298] Art. 83, 2° comma, del D.Lgs. n. 163/2006 ed Art. 53, par. 2, Direttiva 18/2004.

[299] In particolare precisa sul punto l'art. 83, 2° comma, del Codice che: *"Il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato"*.

[300] Detta anche "clausola di sbarramento" e da non confondere con la forcella prevista le procedure ristrette.

[301] In questi termini anche il parere approvato dall'VIII Commissione della Camera nella seduta dell'1.3.2006, punto 17).

Il Codice prevede espressamente che i criteri di valutazione delle offerte ed i relativi valori ponderali siano pubblicati nel bando di gara o nel capitolato d'oneri e nel documento descrittivo (nel caso di dialogo competitivo), di modo che i concorrenti ne siano messi a conoscenza in tempo utile e possano formulare un'offerta dai contenuti coerenti con essi[302]. Tale principio soffre, però, una eccezione, qualora l'amministrazione non sia in grado di procedere alla ponderazione dei criteri di valutazione; in tal caso, essa sarà chiamata ad agire come richiede l'attuale sistema, ossia indicando nel bando di gara o nel capitolato d'oneri o nel documento descrittivo esclusivamente l'ordine decrescente d'importanza di tali criteri indicando e **dimostrando**, però, le ragioni per le quali essa non ha potuto procedere all'indicazione dei valori ponderali[303].

Il Codice interviene su un ulteriore aspetto di considerevole importanza, relativo alla eventuale possibilità della Commissione giudicatrice di articolare i criteri di valutazione ed i relativi punteggi ponderali in sub-criteri e sub-punteggi. La questione, già oggetto di diatriba giurisprudenziale[304], è stata negativamente risolta dal 4° comma, dell'art. 83

---

[302] Si veda il considerando (46)/2 secondo cui, riguardo agli adempimenti pubblicitari: *"...Spetta quindi alle amministrazioni aggiudicatrici indicare i criteri di aggiudicazione nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri e questo in tempo utile affinché gli offerenti ne siano a conoscenza quando preparano le loro offerte"*. Il principio era stato, peraltro, già affermato dalla giurisprudenza ed in particolare si veda Corte di giustizia Ce nonché 26 settembre 2000, causa C-225/98, Commissione/Francia, Racc. pag. I-7445, punto 51.

[303] Precisa l'art. 83, 3° comma, che: *"Le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 2 impossibile per ragioni dimostrabili, indicano nel bando di gara e nel capitolato d'oneri, o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri"*.

[304] Il Cons St., con ordinanza del 9.7.2004, n. 5033 in *Cons. St.*, 2004, I, 1524 rimetteva alla corte di Giustizia la specifica questione in ordine alla conformità o meno alle norme dell'ordinamento comunitario, della facoltà della prassi invalsa presso le amministrazioni di rimettere alla Commissione l'articolazione dei sub-criteri e la determinazione dei sub-punteggi. La Corte di Giustizia, nella sentenza del 24.11.2005 C-331/04 ha precisato che: *"L'art. 36 della Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e l'art. 34 della Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, 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, devono essere interpretati nel senso* ***che il diritto comunitario non osta a che una commissione aggiudicatrice attribuisca un peso relativo ai subelementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d'oneri o del bando di gara****, purché una tale decisione:*

– *non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara;*
– *non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione;*

che espressamente dà facoltà alla stazione appaltante di procedere alla sub articolazione di cui sopra, imponendo peraltro che i sub-criteri e punteggi siano espressamente indicati nel bando di gara[305]. Non è, pertanto, la Commissione, ma l'Amministrazione che procede alla individuazione dei sub-criteri e sub-punteggi e, qualora essa non sia in grado di procedere, nominerà uno o più esperti con il decreto o la determinazione a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara. La discrezionalità della Commissione si estrinsecherà nella motivata attribuzione, a ciascun criterio e sub criterio di valutazione scelti dalla stazione appaltante, del relativo punteggio scegliendo fra quelli minimi e massimi fissati dal bando di gara. Non è, pertanto, condivisibile l'opinione di chi ritiene che, ai sensi del 4° comma dell'art. 83, sia la medesima Commissione a determinare i punteggi[306]; l'Organismo potrà dettagliare i punteggi da assegnare a ciascun criterio o sub criterio di valutazione delle offerte, ma non anche determinare questi ultimi.

Il 5° comma dell'art. 83 del Codice, infine, precisa che al fine di attuare la ponderazione e/o attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa. Dette metodologie sono stabilite dal regolamento, distintamente per lavori, servizi e forniture e, ove occorra, con modalità semplificate per servizi e forniture. Il regolamento, per i servizi, tiene conto di quanto stabilito dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 marzo 1999, n. 117 e dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 novembre 2005, in quanto compatibili con il presente Codice. A sua volta l'art. 253, 13° comma del Codice detta una specifica norma transitoria precisando che fino all'entrata in vigore del regolamento continueranno ad applicarsi i regolamenti di cui al DPCM 13.03.1999 n. 117 e di cui al DPCM 18 novembre 2005, in quanto compatibili con il Codice.

– *non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti".*

[305] La riformulazione del 4° comma è intervenuta all'esito del parere della VIII Commissione della Camera (punto 18) la quale ha motivato la scelta anche nel senso di evitare una nomina della commissione anticipata rispetto all'indizione della gara in spregio dei principi di correttezza della gara.

[306] C. LAMBERTI, *I criteri di aggiudicazione possono essere integrati non modificati dalla commissione di gara*, in URB ed APP 2006, n. 4, 399 ss.

Il Codice detta regole specifiche anche riguardo alla composizione ed al funzionamento della Commissione giudicatrice estendendone l'applicabilità anche agli appalti di servizi e di forniture per i quali prima della sua entrata in vigore si applicavano le norme previste dalle leggi in materia di contabilità dello Stato[307]. Per esigenze di semplificazione procedurale, la nomina della Commissione è obbligatoria nei soli casi in cui la stazione appaltante adotti il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa[308] e non anche quello del prezzo più basso. La norma, al pari dell'art. 21 della legge n. 109/1994, si premura di individuare i requisiti atti a garantire il regolare funzionamento della Commissione definendo le cause di incompatibilità, i requisiti di moralità e quelli professionali dei componenti. In particolare non potranno ricoprire l'incarico in questione coloro che:

1) svolgano o comunque abbiano svolto altre funzioni e/o ricoperto altri incarichi tecnici o amministrativi relativamente al contratto in questione[309];

2) abbiano rivestito, nel biennio antecedente la data del bando, cariche di pubblico amministratore presso l'amministrazione che indice la gara;

3) in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.

I membri della Commissione, diversi dal Presidente[310], devono essere scelti fra i funzionari delle stazioni appaltanti e tutti, compreso il Presidente, dovranno essere *"esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto"*.

---

[307] In questi termini Cons. St., VI, 3.12.1998, n. 1648 in *Contratti Stato e enti pubblici*, 1999, 269 con nota di SACCHETTO.

[308] L'art. 84, 1° comma, del D.Lgs n. 163/2006 dispone che: *"Quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione e' demandata ad una commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento"*.

[309] Tale limitazione non si applica al membro Presidente della Commissione giudicatrice.

[310] La regola dell'esperienza dettata dall'art. 84, 2° comma del Codice vale anche per il Presidente che, però, potrebbe non essere un funzionario della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 84, 8° comma, del Codice.

In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie:

a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali;

c) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza[311].

8.2. L'anomalia e la verifica di congruità delle offerte

Poche, ma di rilievo, le novità relative al sub-procedimento di valutazione dell'attendibilità delle offerte[312]. L'art. 55 della Direttiva

---

[311] Art. 84, 8° comma, del D.Lgs. n. 163/2006

[312] La dottrina in materia di offerte anomale è particolarmente ampia, fra i tanti contributi si segnalano: L. GIAMPAOLINO - M.A. SANDULLI - G. STANCANELLI (a cura di), *Commento alla legge-quadro sui lavori pubblici sino alla Merloni-ter*, Milano 1999; G. FISCHIONE, *Il regime delle offerte anomale: recenti interventi legislativi e giurisprudenziali*, in Arch. giur. opere pubbl., 1989, 2060; E. PIANESI, *L'individuazione delle offerte anomale e la successione delle leggi nel tempo*, in Riv. trim. app., 1988, 948; P. PISELLI, *La nuova disciplina delle offerte anomale*, in Riv. trim. app., 1988, 517; GIANFRANCO BERTI, *La verifica dell'anomalia dell'offerta: rilevanza delle offerte in aumento e compatibilità con le direttive comunitarie*, ivi, 1989, spec. 183; P. VAIANO, *La nuova disciplina delle offerte anomale*, in Rass. lav. pubbl., 1988, 287/1; E. PALMIERI, *Il « Giusto procedimento » nell'esame delle offerte anormalmente basse*, in Riv. trim. app., 1989, 1059; V. ELIA, *Offerte anomale: il calcolo della media con esclusione delle offerte in aumento*, in Riv. trim. app., 1990, 358; R. MANGANI, *Le offerte anomale tra vecchia e nuova disciplina*, in Arch. giur. oo.pp., 1988, 1553; G.P. MANZELLA, P. ZIOTTI, *Appalti ed offerte anormalmente basse*, in Giorn. dir. amm., 1996, 139; A. RALLO, *Considerazioni in tema di offerte anomale: spunti per una lettura critica dell'art. 21, l. n. 109 del 1994*, in Riv. trim. app., 1994, 819; C.E. GALLO, *La verifica delle offerte anomale nell'appalto di opere pubbliche, tra controllo e contrattazione*, in Dir. pubbl. econ., 1989, 67; F.M. NICOSIA, *Offerte anomale: disciplina nazionale e comunitaria*, in Riv. trim. app., 1990, 395; A. IANNOTTA, *Brevi note in tema di offerte anomale*, in Contratti Stato e enti pubbl., 1994, 141; M. FILIPPI, *Commento all'art. 29, d. legisl. 19 dicembre 1991, n. 406*, in Nuove leggi civ., 1994, 681; A.M. FRANCESCHINI, *Ancora sull'esclusione delle offerte incongrue*, in Nuova rass., 1988, 596; G. FAZIO, *L'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione*, I, Amministrazione diretta, Milano, 1988, 88; A.TABARRINI, *La individuazione delle offerte anomale, Un problema operativo mai risolto*, in Comuni d'Italia, 1988, 630; P. LA ROCCA, *L'offerta anomala negli appalti dei lavori pubblici*, in L'uff. tecnico, 1988, 172; C. PACE, *Considerazioni sull'applicabilità del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale al sistema di aggiudicazione previsto dall'art. 24 lett. b) l. n. 584 del 1977*, in Riv. trim. app., 1990, 520; A. MUSENGA, *Brevissime considerazioni in tema di individuazione dell'offerta aggiudicataria ex art. 4, comma 3, della l. 2 febbraio 1973, n. 14, anche alla luce della recente l. 26 aprile 1989, n. 155, di*

18/2004 definisce come anomala quella offerta che appaia "*anormalmente bassa rispetto alla prestazione*", non facendo alcun riferimento a criteri matematici atti a predeterminare tale anomalia, ma rimettendone l'individuazione all'apprezzamento tecnico-discrezionale della pubblica amministrazione. Di contro, invece, il Codice individua due distinti metodi per la determinazione della soglia di anomalia delle offerte presentate a seconda che il criterio di aggiudicazione adottato dalla stazione appaltante sia quello del prezzo più basso ovvero dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel primo caso l'art. 86, 1° comma, del Codice rinvia al metodo matematico previsto per i lavori pubblici dall'art. 21, comma 1 *bis* della legge n. 109/1994, imponendo la valutazione di tutte quelle offerte che: "*che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unita' superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media"*[313]. Tale disposizione non si applica nei casi in cui il numero delle offerte ammesse sia **inferiore a cinque**; in questo caso la stazione appaltante, per la valutazione dell'anomalia, dovrà procedere ai sensi del 3° comma, dell'art. 86, su quale *infra*.

Nel secondo caso, invece, ossia qualora il criterio di aggiudicazione adottato sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti dovranno valutare la congruità di tutte quelle offerte in relazione alle quali "*sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli*

---

conversione del d.l. 2 marzo 1989, n. 65, in Riv. trim. app., 1989, 418; R.VIRGILIO, *Disciplina delle offerte anomale e normativa comunitaria*, in Rass. lav. pubbl., 1988, 381/1.

[313] L'art. 89 del D.Lgs. n. 163/2006 individua gli strumenti di rilevazione della congruità dei prezzi precisando che: *"Al fine di stabilire il prezzo base nei bandi o inviti, di valutare la convenienza o meno dell'aggiudicazione, nonché al fine di stabilire se l'offerta e' o meno anormalmente bassa, laddove non si applica il criterio di cui all'articolo 86, comma 1, le stazioni appaltanti tengono conto del miglior prezzo di mercato, ove rilevabile. 2. Salvo quanto previsto dall'articolo 26, comma 2, legge 23 dicembre 1999, n. 488, a fini di orientamento le stazioni appaltanti prendono in considerazione i costi standardizzati determinati dall'Osservatorio ai sensi dell'articolo 7, gli elenchi prezzi del Genio civile, nonché listini e prezziari di beni, lavori, servizi, normalmente in uso nel luogo di esecuzione del contratto, eventuali rilevazioni statistiche e ogni altro elemento di conoscenza. 3. Nella predisposizione delle gare di appalto le stazioni appaltanti sono tenute a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro come determinato ai sensi dell'articolo 87, comma 2, lettera g). 4. Alle finalità di cui al presente articolo le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano provvedono in base alle loro competenze".*

altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara".

Si tratta, comunque, di metodologie che non esauriscono le modalità di individuazione dell'anomalia delle offerte in quanto il Codice, sulla base di una previsione di carattere generale residuale, dà facoltà alle stazioni appaltanti di valutare la congruità delle offerte che, sulla base di elementi specifici, appaiano anormalmente basse, ancorché non possano ritenersi "anomale" in base ai metodi matematici di cui sopra[314].

Il legislatore, conserva ed integra, estendendola anche agli appalti di forniture e servizi, la dicotomia – tipica del nostro ordinamento interno – fra giustificazioni presentate direttamente con l'offerta[315] e giustificazioni da presentare successivamente all'esito del giudizio di anomalia della stessa. Rispetto al regime previgente di cui alla Legge n. 109/1994 viene, però, meno il limite del 75% del prezzo offerto, nel senso che le giustificazioni presentate con l'offerta dovranno riguardare il 100% del prezzo offerto[316].

Sul punto l'art. 87, 1° comma del D.Lgs. n. 163/2006 precisa che qualora l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte con l'offerta non sia sufficiente ad escluderne l'incongruità, la stazione appaltante dovrà richiedere all'offerente di integrare i documenti giustificativi[317] e potrà disporre l'eventuale esclusione del concorrente solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio[318]. La norma si conforma al costante orientamento della giurisprudenza che ha, oramai da tempo, statuito l'insufficienza del solo cd "contraddittorio anticipato", ossia incentrato

---

[314] L'art. 86, 3° comma del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che: *"In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa".*

[315] Secondo costante giurisprudenza, la presentazione di giustificazioni preliminari unitamente all'offerta ha lo scopo di accelerare il procedimento e di consentire alla stazione appaltante una valutazione pressoché´ contestuale all'insieme delle offerte (vedi tra le tante: T.A.R. Marche, 25 settembre 1999 n. 1052 in T.A.R., 1999, I, 4414; T.A.R. Lazio, Sez. III, 22 ottobre 1999 n. 3107, in T.A.R., 1999, I, 4280).

[316] Disponeva l'art. 21, comma 1 – *bis* della legge n. 109/1994 che: *"Le offerte debbono essere corredate, fin dalla loro presentazione, da giustificazioni relativamente alle voci di prezzo più significative, indicate nel bando di gara o nella lettera d'invito, che concorrono a formare un importo non inferiore al 75 per cento di quello posto a base d'asta. Il bando o la lettera di invito devono precisare le modalità di presentazione delle giustificazioni, nonché indicare quelle eventualmente necessarie per l'ammissibilità delle offerte".*

[317] Ai sensi dell'art. 87, 1° comma, del Codice.

[318] Art. 86, 5° comma, del Codice.

sulle sole giustificazioni allegate alle offerte, imponendo alla stazione appaltante, al fine di legittimare l'esclusione del concorrente, di procedere alla richiesta delle ulteriori giustificazioni relative ai profili di anomalia delle offerte ed al loro esame in contraddittorio con le imprese[319]. In estrema sintesi non solo le giustificazioni "anticipate" dovranno riguardare il 100% del prezzo offerto, ma, ove siano insufficienti a risolvere l'anomalia, la stazione appaltante dovrà richiedere ulteriori giustificazioni e solo all'esito della loro valutazione escludere, in caso di riscontro negativo, il concorrente.

Il Codice, all'art. 88, disciplina il procedimento per la valutazione della congruità delle offerte, articolandolo nelle seguenti fasi fondamentali:

a) il concorrente è invitato dalla stazione appaltante, una volta che siano state aperte le buste contenenti le offerte e valutate le giustificazioni a corredo, a presentare le proprie ulteriori giustificazioni che ritenga utili entro un termine minimo di 10 giorni decorrenti dal predetto invito;

---

[319] *Ex multis* per i lavori pubblici si veda Cons. St. SEZ. IV - sentenza 21 agosto 2006 n. 4842 in www.lexitalia.it secondo cui: *"E' illegittima l'esclusione di un'impresa da una gara pubblica, per anomalia dell'offerta, nel caso in cui il giudizio di anomalia sia stato effettuato senza che alla relativa verifica si sia pervenuti a seguito del necessario sub-procedimento in contraddittorio, e cioè sulla base delle giustificazioni richieste dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte, bensì solo sulla base di quelle prodotte in via preventiva con la presentazione dell'offerta stessa (c.d. contraddittorio anticipato)"*. Nello stesso senso si vedano anche Cons. Stato, Sez. IV, 21 gennaio 2003, n. 232 in www.lexitalia.it ed ivi; *id.*, 21 agosto 2002, n. 4266. L'orientamento del Giudice amministrativo trova supporto nella pronuncia che la Corte di Giustizia ha reso nella sentenza del 27 novembre 2001 procedimenti riuniti C-285/99 e C-286/99 in www.lexitalia.it secondo cui: *"l'art. 30, n. 4, della Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE ... si oppone alla normativa e alla prassi amministrativa di uno Stato membro che consentono all'Amministrazione aggiudicatrice di respingere come anormalmente basse le offerte che presentano un ribasso superiore alla soglia di anomalia, tenendo conto unicamente delle giustificazioni dei prezzi proposti, relativi ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta menzionato nel bando di gara, che gli offerenti erano tenuti ad allegare alla loro offerta, senza concedere a questi ultimi la possibilità di far valere il loro punto di vista, dopo l'apertura delle buste, sugli elementi di prezzo offerti che hanno dato luogo a sospetti"*. Per quanto concerne, invece, gli **appalti di servizi e di forniture** è recentemente intervenuto sul punto il Consiglio di Stato che con la sentenza sentenza 23 agosto 2006 n. 4949 ha precisato che: *"Non sussiste l'impossibilità per l'ente appaltante di chiedere, in fase di verifica delle offerte sospettate di essere anomale, ulteriori chiarimenti, atteso che - ai sensi dell'art 25 del d.lgs. 157/1995 - non v'è alcuna rigida regola imposta all'indagine dell'anomalia dell'offerta, di talché l'accertamento della serietà e congruità dell'offerta può essere condotto in relazione alle condizioni del mercato e può svolgersi anche in più riprese ed attraverso più richieste di integrazioni e/o chiarimenti"*. in www.lexitalia.it . In dottrina, sul punto si vedano B. DE ROSA, *Offerte anomale: nuovi obblighi procedimentali per le stazioni appaltanti dopo la sentenza della Corte CE C-285/99 e C-286/99* in RGE 2003; CORBETTA, *Le offerte anomale tra discrezionalità della PUBBLICA AMMINISTRAZIONE e limiti alla sindacabilità*, in Foro amm.-T.A.R., 2003, 500; GIARDINO, *Le offerte anomale nelle gare di appalto pubblico*, in Riv. trim. app., 2003, 438.

b) la stazione appaltante, anche mediante una Commissione all'uopo nominata, valuta tali giustificazioni ed è legittimata a richiedere al concorrente ulteriori chiarimenti conseguenziali al primo accertamento entro un termine comunque non inferiore a cinque giorni lavorativi;

c) in caso di insufficienza delle giustificazioni presentate, la stazione appaltante convoca il concorrente invitandolo a presentare ogni elemento che ritenga utile;

d) la stazione appaltante esclude l'offerta che, sulla base degli elementi proposti risulti inaffidabile e procede alla verifica, progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte.

Le giustificazioni (sia nel contraddittorio anticipato che in quello successivo all'apertura delle offerte) delle offerte anomale potranno avere ad oggetto ai sensi dell'art. 87, 2° comma:

a) l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione dei prodotti o del metodo di prestazione del servizio;

b) le soluzioni tecniche adottate e/o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti o per prestare i servizi;

c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente;

d) le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti, o per prestare i servizi;

e) il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione;

f) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato;

g) il costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali; in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto

collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione[320].

Ancorché la norma individui quale oggetto di valutazione dell'anomalia "*gli elementi costitutivi dell'offerta*", quest'ultima dovrà essere oggetto di una valutazione complessiva. La presenza di un solo elemento "anomalo" non potrà far ritenere automaticamente anomala l'intera offerta; l'amministrazione aggiudicatrice dovrà, invece, verificare l'incidenza di tale elemento sulla generale struttura dell'offerta, accertando se quest'ultima sia complessivamente inficiata dall'anomalia del suo elemento costitutivo[321].

Per quanto concerne le eccezioni, non sono ammesse giustificazioni rispettivamente:

1) per i ribassi relativi ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabili per legge[322];

2) per i ribassi relativi agli oneri relativi alla sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'art. 131 del Codice e di cui al piano di sicurezza e coordinamento previsto all'art. 12 del D.Lgs. n. 494 del 14.08.1996[323] ed alla relativa stima dei costi conforme all'art. 7 del D.P.R. 3.7.2003, n. 222[324].

---

[320] È trasfusa la previsione normativa di cui alla Legge n. 327/2000 recante *"Valutazione dei costi del lavoro e della sicurezza nelle gare di appalto"*.

[321] Precisa il Consiglio di Stato nella recente sentenza del 26.08.2006 n. 4949 che: *"In sede di verifica delle offerte sospettate di essere anomale, l'attendibilità dell'offerta va valutata nella sua globalità e non già con riferimento alle singole voci di prezzo ritenute incongrue o avulse dall'incidenza che potrebbero avere sull'offerta economica nel suo insieme"*.

[322] Art. 87, 3° comma del Codice secondo cui: *"Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge"*.

[323] L'art. 12, 1° comma, del D.Lgs. n. 494/1996 dispone che:"*Il piano contiene l'individuazione, l'analisi e la valutazione dei rischi, e le conseguenti procedure, gli apprestamenti e le attrezzature atti a garantire, per tutta la durata dei lavori, il rispetto delle norme per la prevenzione degli infortuni e la tutela della salute dei lavoratori, nonché la stima dei relativi costi che non sono soggetti al ribasso nelle offerte delle imprese esecutrici. Il piano contiene altresì le misure di prevenzione dei rischi risultanti dalla eventuale presenza simultanea o successiva di più imprese o dei lavoratori autonomi ed è redatto anche al fine di prevedere, quando ciò risulti necessario, l'utilizzazione di impianti comuni quali infrastrutture, mezzi logistici e di protezione collettiva. Il piano è costituito da una relazione tecnica e prescrizioni operative correlate alla complessità dell'opera da realizzare ed alle eventuali fasi critiche del processo di costruzione"*.

[324] Dispone l'art. 7 del DPR n. 222/2003 che: "*Ove è prevista la redazione del PSC ai sensi del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, e successive modificazioni, nei costi della sicurezza vanno stimati, per tutta la durata delle lavorazioni previste nel cantiere, i costi: a) degli apprestamenti previsti nel PSC; b) delle misure preventive e protettive e dei dispositivi di protezione individuale eventualmente*

Sul punto sub 1) occorre precisare che il divieto di giustificazione cade esclusivamente sui "*minimi salariali*" stabiliti e/o autorizzati dalla legge, ma non anche sui costi del lavoro di cui alla lett. *g* dell'art. 87. La norma, pur trovando supporto in una giustificazione di tipo sociale della salvaguardia dei minimi salariali, non sembra del tutto compatibile con il principio della tutela concorrenza in quanto preclude in ogni caso ed aprioristicamente all'impresa concorrente di motivare le ragioni dell'eventuale ribasso di tali parametri che potrebbe dipendere dalla ragioni più svariate quali ad esempio una particolare organizzazione dell'impresa ovvero il godere di particolari condizioni del costo della manodopera. D'altra parte è recente la statuizione delle giurisprudenza secondo cui: *"E' illegittimo un provvedimento di esclusione di impresa la cui offerta, sottoposta a verifica di congruità, sia stata qualificata come anomala per il solo fatto che alcune sue voci siano inferiori a minimi tabellari predefiniti in atti legislativi, regolamentari, amministrativi o comunque ufficiali, essendo invece sempre necessario che venga consentito all'impresa di fornire le proprie giustificazioni anche in riferimento al superamento di detti limiti minimi; tale insopprimibile esigenza di contraddittorio - che costituisce specifica espressione del più generale principio di partecipazione scolpito nella legge 7 agosto 1990 n. 241 - trova corrispondenza nel dovere dell'Amministrazione di motivare in ordine alla ritenuta incongruità dell'offerta"*[325].

Per quanto concerne, invece, gli oneri per gli adempimenti collegati alla sicurezza il Codice introduce una "strana" dicotomia fra lavori pubblici da un lato e servizi e forniture dall'altro. Difatti mentre per i primi non è ammessa, come visto, la presentazione di giustificazioni, per i servizi e le forniture il 4° comma dell'art. 87 precisa che: *"……nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità' e alle caratteristiche dei servizi o delle*

---

previsti nel PSC per lavorazioni interferenti; c) degli impianti di terra e di protezione contro le scariche atmosferiche, degli impianti antincendio, degli impianti di evacuazione fumi; d) dei mezzi e servizi di protezione collettiva; e) delle procedure contenute nel PSC e previste per specifici motivi di sicurezza; f) degli eventuali interventi finalizzati alla sicurezza e richiesti per lo sfasamento spaziale o temporale delle lavorazioni interferenti; g) delle misure di coordinamento relative all'uso comune di apprestamenti, attrezzature, infrastrutture, mezzi e servizi di protezione collettiva". Ai sensi dell'art. 7, 4° comma del D.P.R. 222/2003: "*I costi della sicurezza così individuati, sono compresi nell'importo totale dei lavori, ed individuano la parte del costo dell'opera da non assoggettare a ribasso nelle offerte delle imprese esecutrici".*

[325] CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 23 agosto 2006 n. 4949 in www.lexitalia.it

forniture". Per gli appalti aventi ad oggetto servizi e forniture, in poche parole, gli oneri afferenti alla sicurezza incidono – così come per i lavori - sul giudizio di anomalia delle offerte presentate (dovranno essere specificatamente indicati), ma contrariamente agli appalti di lavori, l'eventuale incongruità sembrerebbe giustificabile.

Particolare è, infine, il caso dell'esclusione dell'offerta anomala per la concessione di un "*aiuto di Stato*" che non sia stato legalmente concesso ai sensi di quanto previsto dall'art. 87, comma 5 del Codice. Anche in questo caso la norma detta una specifica procedura per l'instaurazione del contraddittorio fra la pubblica amministrazione e l'offerente che è tenuto a dimostrare, entro un termine congruo, la legittimità dell'aiuto concessogli[326].

Rispetto al regime previgente afferente alla individuazione e valutazione delle offerte anomale vengono dunque meno:

1) la differenza incentrata sull'oggetto dell'appalto: lavori da un lato e servizi e forniture dall'altro in quanto i metodi sono relazionati al criterio di aggiudicazione e non alla tipologia della prestazione;

2) la differenza incentrata sul valore del contratto[327] in quanto la determinazione e la valutazione dell'anomalia si applicano indistintamente per gli appalti sopra soglia e per quelli sotto soglia;

3) l'esclusione cd "automatica" delle offerte anomale per gli appalti sotto soglia;

4) per i soli lavori la limitazione dell'anomalia dell'offerta al solo 75% del prezzo presentato;

5) il doppio contraddittorio del procedimento di giustificazione delle anomalie.

---

[326] È condivisibile quanto esposto da F. IACOVONE (*Offerta più vantaggiosa, nel bando indicati i criteri ed i pesi ponderali*, in Edilizia e territorio, dossier 2004 *Le direttive europee sugli appalti)*, che mette in evidenza le difficoltà alle quali potrebbe andare incontro una impresa chiamata a provare la legittimità dell'aiuto prestatogli, soprattutto in considerazione del fatto che tale legittimità deriva anche da specifici adempimenti procedurali dello Stato concedente, spesso ignorati dall'impresa beneficiaria.

[327] La verifica dell'anomalia era prevista esclusivamente per i contratti d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

9. La progettazione

9.1. I livelli di progettazione ed il procedimento di approvazione

Poche le novità introdotte da D.Lgs. n. 163/2006 in materia di progettazione.

In particolare per quanto concerne i lavori pubblici resta invariata la tripartizione dei livelli progettuali in preliminare, definitivo ed esecutivo[328] ed i relativi contenuti, mentre relativamente agli appalti di servizi e forniture l'art. 94 del Codice detta una norma meramente interlocutoria rinviando al regolamento di cui all'art. 5 per la fissazione dei livelli e dei requisiti dei progetti, nonché per la individuazione dei requisiti di partecipazione e qualificazione dei progettisti.

Per quanto concerne le fonti normative occorre preliminarmente sottolineare che restano pienamente efficaci le – numerose - previsioni dettate dal DPR n. 554/99 in materia di progettazione almeno fino all'entrata in vigore del regolamento di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 163/2006[329].

Una modifica afferisce ad un profilo meramente formale. Viene meno nel nuovo Codice il riferimento all'efficacia di dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza connessa all'approvazione del progetto definitivo di cui al comma 13, dell'art. 14 della Legge n. 109/1994 e che non è stata riformulato dall'art. 98 del D.Lgs. n. 163/2006 che si limita a statuire che "*Restano ferme le norme vigenti che stabiliscono gli effetti dell'approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi*". Ne consegue che, sul piano sostanziale, non si avvertono mutamenti di sorta in quanto l'efficacia in questione è comunque desumibile dall'art. 12 del DPR n. 327/2001. A proposito di procedure espropriative una ulteriore modifica si rinviene nel 9° comma dell'art. 93 del Codice che, diversamente da quanto statuito dal 9° comma, dell'art. 16 della Legge n.

[328] Art. 93 del D. Lgs. n. 163/2006.
[329] In questi termini la norma transitoria di cui all'art. 253, 3° comma, del D.Lgs. n. 163/2006.

109/1994[330], disciplina l'intero procedimento di accesso alle aree precisando che: *"L'accesso per l'espletamento delle indagini e delle ricerche necessarie all'attività' di progettazione e' autorizzato ai sensi dell'articolo 15 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327"*[331].

Sempre l'art. 98, relativamente agli effetti ambientali, ripropone la norma di cui all'art. 38 *bis* della legge n. 109/1994[332] secondo cui l'approvazione dei progetti definitivi, aventi ad oggetto la realizzazione di infrastrutture di trasporto, viabilità e parcheggi tese a migliorare la qualità dell'aria e dell'ambiente nelle città, una volta che sia operata dal parte del Consiglio comunale, costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti. In verità la norma, considerando la sua genesi, pur in assenza di specifiche limitazioni, è strettamente collegata all'istituto del *project financing* e trovava la propria *ratio* giustificatrice nell'esigenza di risolvere a monte, ossia già in sede di approvazione del progetto, le questioni sulla compatibilità urbanistica connessa alla realizzazione dell'intervento. Il Codice intende evidentemente valorizzare il contenuto della previsione normativa in oggetto generalizzandone, mediante tale nuova collocazione, l'ambito oggettivo di operatività. Si trattava (e probabilmente si tratta), comunque sia, di una previsione discutibile non tanto perché contribuisce

---

[330] Ai sensi dell'art. 16, 9° comma, della Legge n. 109/1994: "*L'accesso per l'espletamento delle indagini e delle ricerche necessarie all'attività di progettazione è autorizzato dal sindaco del comune in cui i lavori sono localizzati ovvero dal prefetto in caso di opere statali"*.

[331] Dispone l'art. 15 del DPR n. 327/2001 che: *"1. Per le operazioni planimetriche e le altre operazioni preparatorie necessarie per la redazione dello strumento urbanistico generale, di una sua variante o di un atto avente efficacia equivalente nonché per l'attuazione delle previsioni urbanistiche e per la progettazione di opere pubbliche e di pubblica utilità, i tecnici incaricati, anche privati, possono essere autorizzati ad introdursi nell'area interessata. (L). 2. Chiunque chieda il rilascio della autorizzazione deve darne notizia, mediante atto notificato con le forme degli atti processuali civili o lettera raccomandata con avviso di ricevimento, al proprietario del bene, nonché al suo possessore, se risulti conosciuto. L'autorità espropriante tiene conto delle eventuali osservazioni, formulate dal proprietario o dal possessore entro sette giorni dalla relativa notifica o comunicazione, e può accogliere la richiesta solo se risultano trascorsi almeno ulteriori dieci giorni dalla data in cui è stata notificata o comunicata la richiesta di introdursi nella altrui proprietà. (L). 3. L'autorizzazione indica i nomi delle persone che possono introdursi nell'altrui proprietà ed è notificata o comunicata mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento almeno sette giorni prima dell'inizio delle operazioni. (L). 4. Il proprietario e il possessore del bene possono assistere alle operazioni, anche mediante persone di loro fiducia. (L). 5. L'autorizzazione di cui al comma 1 si estende alle ricerche archeologiche, alla bonifica da ordigni bellici e alla bonifica dei siti inquinati. Le ricerche archeologiche sono compiute sotto la vigilanza delle competenti soprintendenze, che curano la tempestiva programmazione delle ricerche ed il rispetto della medesima, allo scopo di evitare ogni ritardo all'avvio delle opere"*.

[332] Introdotta dalla Legge n. 166 del 2002 e secondo cui: "*Al fine di accelerare la realizzazione di infrastrutture di trasporto, viabilità e parcheggi, tese a migliorare la qualità dell'aria e dell'ambiente nelle città, l'approvazione dei progetti definitivi da parte del consiglio comunale costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti"*.

ad infittire le già strette maglie dei rapporti fra disciplina urbanistica e dei lavori pubblici, ma soprattutto in quanto rischia di legittimare urbanisticamente interventi che, seppur formalmente connessi ad effetti ambientali mediante la realizzazione delle citate infrastrutture, in realtà perseguono un ben diverso fine di speculazione edilizia alterando la pianificata disciplina dell'uso dei suoli.

Per quanto concerne i livelli progettuali si è già detto che il D.Lgs. n. 163/2006 non muta nella sostanza l'articolazione dei livelli progettuali dettati dal previgente ordinamento dei ll.pp., ma è altresì vero che "perde" l'occasione per riorganizzare tali livelli che, nella sostanza dei fatti, comprendono, oltre ai livelli di cui all'art. 93 del Codice, anche lo studio di fattibilità e il documento preliminare della progettazione di cui all'art. 15 del DPR n. 554/99 destinato, peraltro, a produrre i suoi effetti anche sotto la vigenza del nuovo regolamento non essendo indicato fra le norme abrogate ai sensi dell'art. 256 del D.Lgs. n. 163/2006.

Per quanto concerne i contenuti dell'attività di progettazione il Codice lascia sostanzialmente invariata la normativa previgente. Il progetto preliminare, disciplinato dall'art. 93, 3° comma, del Codice e dagli artt. 18 – 24 del Regolamento n. 554/99, ha il compito di individuare *"Il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire"* definendo *"le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori"*. Il suo contenuto minimo, inquadrato dall'art. 18 del D.P.R. n. 554/99, comprende:

1) la relazione illustrativa avente ad oggetto la descrizione dei lavori da realizzare, le ragioni della soluzione effettuata fra quelle effettuabili sotto il profilo localizzativi e funzionale in conformità ai vigenti strumenti urbanistici;

2) la relazione tecnica;

3) uno studio di prefattibilità ambientale avente i contenuti di cui all'art. 20 D.P.R. n. 554/99;

4) le indagini geologiche, idrogeologiche e archeologiche preliminari;

5) degli schemi grafici che espongano le caratteristiche spaziali, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori medesimi;

6) le prime indicazioni per la stesura dei piani di sicurezza;

7) una valutazione indicativa della spesa complessiva;

8) un capitolato prestazionale ai sensi dell'art. 24 D.P.R. n. 554/99[333];

9) un piano economico finanziario di massima.

Tali contenuti devono ritenersi, in linea di massima, tassativi ferma restando la facoltà del Responsabile unico del procedimento di esercitare quel potere di riduzione o integrazione degli elaborati concessogli dall'art. 93[334]. Fra gli elaborati citati, riveste un ruolo di fondamentale importanza, anche per la configurazione della natura giuridica della progettazione preliminare, la relazione illustrativa[335] che, nelle intenzioni del legislatore, estrinseca anche le ragioni sottese alla scelta della soluzione prospettata fra le eventuali soluzioni possibili, individuando le problematiche di natura ambientale, paesaggistiche ed archeologiche connesse alla realizzazione degli stessi[336]. La circostanza che il progettista sia chiamato, nella predetta

---

[333] Nei soli casi in cui il progetto preliminare sia posto a base di gara ossia nei casi di appalto concorso e concessione di lavori pubblici.

[334] Si veda per un caso specifico relativo alla legittimità della esclusione di uno studio di prefattibilità ambientale Cons. St. n. 6917/2002 *cit.* secondo cui lo studio di prefattibilità ambientale, così come gli altri elaborati indicati dall'art. 18 del D.P.R. n. 554/99, compongono il progetto preliminare, salva la diversa determinazione del responsabile del procedimento ed ovviamente nei limiti sopra delineati.

[335] Trattasi di un elemento indefettibile della progettazione preliminare come sottolineato dalla Autorità di vigilanza dei ll.pp. nella **Deliberazione n. 105 del 14/05/2003 ove è statuito che: "***La redazione di una progettazione preliminare priva della relazione illustrativa che evidenzi la fattibilità amministrativa e tecnica dell'intervento, risulta in evidente contrasto con i principi generali di cui all'articolo 1 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m. e di quanto specificamente previsto al successivo articolo 16, comma 3, della medesima norma, la cui ratio è evidentemente riconducibile alla volontà del legislatore di indurre il progettista a considerare ogni elemento ostativo alla realizzazione dell'opera che, se valutato per tempo, eviti all'Amministrazione di assumere obbligazioni e, conseguentemente, sostenere costi relativamente a progetti la cui fattibilità non sia adeguatamente garantita*".

[336] Ai sensi dell'art. 19 del D.P.R. n. 554/99 la relazione illustrativa del progetto preliminare contiene:
a) la descrizione dell'intervento da realizzare;
b) l'illustrazione delle ragioni della soluzione prescelta sotto il profilo localizzativo e funzionale, nonché delle problematiche connesse alla prefattibilità ambientale, alle preesistenze archeologiche e alla situazione complessiva della zona, in relazione alle caratteristiche e alle finalità dell'intervento, anche con riferimento ad altre possibili soluzioni;
c) l'esposizione della fattibilità dell'intervento, documentata attraverso lo studio di prefattibilità ambientale, dell'esito delle indagini geologiche, geotecniche, idrologiche, idrauliche e sismiche di prima approssimazione delle aree interessate e dell'esito degli accertamenti in ordine agli eventuali vincoli di natura storica, artistica, archeologica, paesaggistica o di qualsiasi altra natura interferenti sulle aree o sugli immobili interessati;
d) l'accertamento in ordine alla disponibilità delle aree o immobili da utilizzare, alle relative modalità di acquisizione, ai prevedibili oneri e alla situazione dei pubblici servizi;
e) gli indirizzi per la redazione del progetto definitivo in conformità di quanto disposto dall'art. 15, comma 4, anche in relazione alle esigenze di gestione e manutenzione;

relazione ad indicare la soluzione scelta fra la pluralità delle soluzioni praticabili, nonché a motivare le ragioni della soluzione prescelta, hanno indotto parte della dottrina a configurare il progetto preliminare come un atto amministrativo connotato da discrezionalità amministrativa e non solamente tecnica[337]. Si tratta di un orientamento che non appare del tutto condivisibile per una serie di ragioni. Innanzitutto un atto, proprio in quanto amministrativo, non può promanare da un soggetto che non esercita una funzione della pubblica amministrazione, ma espleta un servizio come appunto il progettista; inoltre l'atto amministrativo, in quanto tale, non è necessariamente espressione di discrezionalità amministrativa[338]; ancora, infine, la scelta del progettista non potrebbe che essere motivata da ragioni di natura tecnica e non certamente discrezionali-amministrative considerando che quest'ultima sottintende una ponderazione di interessi in vista della soddisfazione di un interesse pubblico primario che, evidentemente, non può essere di pertinenza del progettista.

Per quanto riguarda, poi, la scelta estrinsecata nella relazione, essa ha una matrice tecnica e non discrezionale amministrativa; la scelta comparativa operata dal progettista dovrà scaturire dalla disamina del profilo localizzativo e funzionale dell'intervento, ossia da un'analisi che non abbraccia il merito ovvero la discrezionalità se non di natura prevalentemente tecnica. In ogni caso il progetto preliminare è un atto endoprocedimentale ed in quanto tale non autonomamente lesivo se non formalmente recepito dalla pubblica amministrazione

Oltre alla relazione descrittiva, il progetto preliminare si caratterizza anche per la presenza di una relazione tecnica concernente lo sviluppo degli studi tecnici di prima approssimazione con l'indicazione dei requisiti e delle prestazioni dell'intervento[339] e degli schemi grafici[340] per

---

f) il cronoprogramma delle fasi attuative con l'indicazione dei tempi massimi di svolgimento delle varie attività di progettazione, approvazione, affidamento, esecuzione e collaudo;

g) le indicazioni necessarie per garantire l'accessibilità, l'utilizzo e la manutenzione delle opere, degli impianti e dei servizi esistenti.

[337] In questo senso F. ROMANO *op. cit.,* 532 ss.

[338] Lo è solo quella particolare tipologia di atti inquadrati come provvedimenti amministrativi.

[339] Art. 20 del D.P.R. n. 554/99.

[340] Si noti la differenza del progetto preliminare – per il quale sono richiesti solamente schemi grafici – rispetto agli altri livelli progettuali per i quali, invece, sono richiesti i più approfonditi **elaborati grafici**. In particolare l'art. 22 del regolamento generale dispone che: "*1. Gli schemi grafici, redatti in scala opportuna e debitamente quotati, con le necessarie differenziazioni in relazione alla dimensione, alla categoria e alla tipologia dell'intervento, e tenendo conto della necessità di includere le misure e gli interventi di cui all'art. 21, comma 1, lettera d) sono costituiti:*

a) per opere e lavori puntuali:

l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare[341]. La progettazione preliminare dovrà anche contenere un calcolo sommario della spesa dell'intervento che dovrà essere determinato applicando i costi standardizzati previsti dall'Osservatorio dei ll.pp. alle quantità di opere e lavori da realizzare ovvero, in mancanza di tali costi, facendo riferimento ai costi praticati correntemente per opere similari[342]. Si tratta di un elemento

---

- dallo stralcio dello strumento di pianificazione paesaggistico territoriale e del piano urbanistico generale o attuativo, sul quale sono indicate la localizzazione dell'intervento da realizzare e le eventuali altre localizzazioni esaminate;
- dalle planimetrie con le indicazioni delle curve di livello in scala non inferiore a 1:2.000, sulle quali sono riportati separatamente le opere ed i lavori da realizzare e le altre eventuali ipotesi progettuali esaminate;
- dagli schemi grafici e sezioni schematiche nel numero, nell'articolazione e nelle scale necessarie a permettere l'individuazione di massima di tutte le caratteristiche spaziali, tipologiche, funzionali e tecnologiche delle opere e dei lavori da realizzare, integrati da tabelle relative ai parametri da rispettare;
b) per opere e lavori a rete:
- dalla corografia generale contenente l'indicazione dell'andamento planimetrico delle opere e dei lavori da realizzare e gli eventuali altri andamenti esaminati con riferimento all'orografia dell'area, al sistema di trasporti e degli altri servizi esistenti, al reticolo idrografico, all'ubicazione dei servizi esistenti in scala non inferiore a 1:25.000. Se sono necessarie più corografie, va redatto anche un quadro d'insieme in scala non inferiore a 1:100.000;
- dallo stralcio dello strumento di pianificazione paesaggistico territoriale e del piano urbanistico generale o attuativo sul quale è indicato il tracciato delle opere e dei lavori da realizzare e gli eventuali altri tracciati esaminati. Se sono necessari più stralci, deve essere redatto anche un quadro d'insieme in scala non inferiore a 1:25.000;
- dalle planimetrie con le indicazioni delle curve di livello, in scala non inferiore a 1:5.000, sulle quali sono riportati separatamente il tracciato delle opere e dei lavori da realizzare e gli eventuali altri tracciati esaminati. Se sono necessarie più planimetrie, deve essere redatto un quadro d'insieme in scala non inferiore a 1:10.000;
- dai profili longitudinali e trasversali altimetrici delle opere e dei lavori da realizzare in scala non inferiore a 1:5.000/500, sezioni tipo idriche, stradali e simili in scala non inferiore ad 1:100 nonchè uguali profili per le eventuali altre ipotesi progettuali esaminate;
- dalle indicazioni di massima, in scala adeguata, di tutti i manufatti speciali che l'intervento richiede;
- dalle tabelle contenenti tutte le quantità caratteristiche delle opere e dei lavori da realizzare.
2. Sia per le opere ed i lavori puntuali che per le opere ed i lavori a rete, il progetto preliminare specifica gli elaborati e le relative scale da adottare in sede di progetto definitivo ed esecutivo, ferme restando le scale minime previste nei successivi articoli. Le planimetrie e gli schemi grafici riportano le indicazioni preliminari relative al soddisfacimento delle esigenze di cui all'art. 14, comma 7, della legge".

[341] L'originario testo dell'art. 16, 3° comma, della Legge n. 109/1994 prevedeva che gli schemi grafici dovessero contenere *l'individuazione delle caratteristiche speciali dei lavori da realizzare*. La genericità della terminologia utilizzata, in particolare con riferimento al termine "speciali", ha indotto il legislatore, con la Legge n. 415/98, a modificare l'originaria versione con quella attualmente ripresa dall'art. 93 del D.Lgs. n. 163/2006 che prevede le caratteristiche dimensionali, volumetriche e tipologiche.

[342] Dispone l'art. 26 del regolamento generale che: "*1. Il calcolo sommario della spesa è effettuato: a) per quanto concerne le opere o i lavori, applicando alle quantità caratteristiche degli stessi, i corrispondenti costi standardizzati determinati dall'Osservatorio dei lavori pubblici. In assenza di costi standardizzati, applicando parametri desunti da interventi similari realizzati, ovvero redigendo*

della progettazione preliminare di particolare importanza in quanto capace di influenzare anche i successivi livelli di progettazione i quali non potranno discostarsi – se non marginalmente – dal costo preventivato in tale livello progettuale, dovendo limitarsi a specificarne i contenuti. D'altra parte se così non fosse verrebbe intaccata la configurazione dell'attività di progettazione come attività di crescente perfezionamento progettuale dell'opera da realizzare; un imponente divario di costo fra il progetto preliminare ed i successivi livelli sottintenderebbe necessariamente delle lacune presenti nel primo livello di progettazione[343]. Nel caso in cui, infine, il progetto preliminare sia posto a base di gara esso dovrà contenere un capitolato speciale prestazionale[344].

Il progetto definitivo rappresenta, invece, il livello intermedio dell'attività di progettazione ed in quanto tale è più dettagliato rispetto al preliminare, ma non fino al punto da integrare gli estremi della ingegnerizzazione delle prestazioni che si deve riscontrare con il successivo livello esecutivo.

Esso è vincolato dal rispetto delle prescrizioni, dei criteri e dei vincoli presenti nel progetto preliminare e deve contenere tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni ed approvazioni. Il suo contenuto presenta[345]:

1) una relazione descrittiva dei criteri utilizzati per le scelte progettuali, nonché delle caratteristiche dei materiali prescelti e dell'inserimento delle opere sul territorio;

---

un computo metrico-estimativo di massima con prezzi unitari ricavati dai prezziari o dai listini ufficiali vigenti nell'area interessata; b) per quanto concerne le ulteriori somme a disposizione della stazione appaltante, attraverso valutazioni di massima effettuate in sede di accertamenti preliminari a cura del responsabile del procedimento".

[343] Concorde il prevalentemente orientamento dottrinario; si veda in particolare A. COLETTA *op. cit.* 766; F.ROMANO *op. cit.*, 549.

[344] Ai sensi dell'art. 24 del regolamento generale *1. Il capitolato speciale prestazionale contiene:*

a) l'indicazione delle necessità funzionali, dei requisiti e delle specifiche prestazioni che dovranno essere presenti nell'intervento in modo che questo risponda alle esigenze della stazione appaltante e degli utilizzatori, nel rispetto delle rispettive risorse finanziarie;

b) la specificazione delle opere generali e delle eventuali opere specializzate comprese nell'intervento con i relativi importi;

c) una tabella degli elementi e sub-elementi in cui l'intervento è suddivisibile, con l'indicazione dei relativi pesi normalizzati necessari per l'applicazione della metodologia di determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa".

[345] Art. 93, 4° comma, del D.Lgs. n. 163/2006 (ex art. 16, 4° comma, della Legge n. 109/1994) ed artt. 25 – 34 del D.P.R. n. 554/99.

2) lo studio di impatto ambientale ove previsto;

3) disegni generali nelle opportune scale descrittivi delle principali caratteristiche delle opere, delle superfici e dei volumi da realizzare, compresi quelli per l'individuazione del tipo di fondazione;

4) gli studi ed indagini preliminari occorrenti con riguardo alla natura ed alle caratteristiche dell'opera[346];

5) i calcoli preliminari delle strutture e degli impianti;

6) un disciplinare descrittivo degli elementi prestazionali, tecnici ed economici previsti in progetto;

7) un computo metrico estimativo.

In estrema sintesi, oltre al già rilevato approfondimento del progetto preliminare, il progetto definitivo rileva per la concretizzazione delle prescrizioni del primo livello progettuale. Difatti, è all'atto della sua predisposizione che il legislatore impone l'esecuzione delle indagini territoriali necessarie per la realizzazione dell'intervento, la determinazione di un computo metrico estimativo, nonché, qualora necessario, del piano particellare di esproprio. La natura, per così dire, "concreta" del livello definitivo scaturisce, altresì, dalla circostanza che esso dovrà contenere tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle varie autorizzazioni e permessi al fine della realizzazione dell'intervento[347].

Per quanto concerne il contenuto specifico, va rilevato che il progetto definitivo comporta la predisposizione di una relazione descrittiva[348] che

---

[346] Precisa l'art. 93, 4° comma, del Codice che gli studi e le indagini occorrenti, quali quelli di tipo geognostico, idrologico, sismico, agronomico, biologico, chimico, i rilievi e i sondaggi, sono condotti fino ad un livello tale da consentire i calcoli preliminari delle strutture e degli impianti e lo sviluppo del computo metrico estimativo.

[347] In proposito si veda l'Autorità di vigilanza ll.pp che nella deliberazione n. 34 del 19/02/2003 in www.autoritàvigilanzallpp.it ha precisato che: "*non è conforme alle disposizioni dell'art.16, co.4, della legge 11 febbraio 1994, n.109 e s.m., la redazione di un progetto definitivo il cui grado di definizione non sia tale da consentire l'acquisizione di tutte le autorizzazioni o nulla-osta necessari all'esecuzione dell'intervento*".

[348] È non più illustrativa come nel caso del progetto preliminare. Ai sensi dell'art. 26 del D.P.R. n. 554/99 la relazione descrittiva: a) descrive, con espresso riferimento ai singoli punti della relazione illustrativa del progetto preliminare, i criteri utilizzati per le scelte progettuali, gli aspetti dell'inserimento dell'intervento sul territorio, le caratteristiche prestazionali e descrittive dei materiali prescelti, nonché i criteri di progettazione delle strutture e degli impianti, in particolare per quanto riguarda la sicurezza, la funzionalità e l'economia di gestione;

dovrà fornire i chiarimenti atti a dimostrare l'idoneità funzionale del progetto, il rispetto della qualità e dei costi preventivati nei precedenti livelli progettuali ed in particolare nel progetto preliminare[349]. Più dettagliato, rispetto al preliminare, è poi il contenuto delle relazioni tecniche e degli elaborati richiesti. In particolare, riguardo al primo aspetto, la stesura della progettazione definitiva impone al professionista incaricato il previo esperimento delle indagini geologica e geotecnica, idraulica ed idrologica[350] con la stesura delle relative relazioni[351], nonché di qualsiasi altra indagine all'uopo ritenuta necessaria ed opportuna a seconda della complessità dell'intervento da realizzare[352]. Il momento di acquisizione

---

b) riferisce in merito a tutti gli aspetti riguardanti la topografia, la geologia, l'idrologia, il paesaggio, l'ambiente e gli immobili di interesse storico, artistico ed archeologico che sono stati esaminati e risolti in sede di progettazione attraverso lo studio di fattibilità ambientale, di cui all'art. 29, ove previsto, nonché attraverso i risultati di apposite indagini e studi specialistici;
c) indica le eventuali cave e discariche da utilizzare per la realizzazione dell'intervento con la specificazione dell'avvenuta autorizzazione;
d) indica le soluzione adottate per il superamento delle barriere architettoniche;
e) riferisce in merito all'idoneità delle reti esterne dei servizi atti a soddisfare le esigenze connesse all'esercizio dell'intervento da realizzare ed in merito alla verifica sulle interferenze delle reti aeree e sotterranee con i nuovi manufatti;
f) contiene le motivazioni che hanno indotto il progettista ad apportare variazioni alle indicazioni contenute nel progetto preliminare;
g) riferisce in merito alle eventuali opere di abbellimento artistico o di valorizzazione architettonica;
h) riferisce in merito al tempo necessario per la redazione del progetto esecutivo eventualmente aggiornando quello indicato nel cronoprogramma del progetto preliminare.
3. Quando il progetto definitivo è posto a base di gara e riguarda interventi complessi di cui all'art. 2, comma 1, lettere h) ed i) la relazione deve essere corredata da quanto previsto all'art. 36, comma 3.

[349] In merito v. Cons. St.,V, 14 febbraio 2003 n. 805 in www.lexitalia.it secondo cui in sede di predisposizione del progetto definitivo non può ritenersi ammissibile un'alternativa progettuale riconducibile a linee guida diverse rispetto a quelle indicate nel progetto preliminare; il progetto definitivo non può trascurare in modo significativo le indicazioni del progetto preliminare, essendo chiamato ad individuare compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti dal medesimo.

[350] Dispone l'art. 27 del D.P.R. n. 554/99 che: "1. *La relazione geologica comprende, sulla base di specifiche indagini geologiche, la identificazione delle formazioni presenti nel sito, lo studio dei tipi litologici, della struttura e dei caratteri fisici del sottosuolo, definisce il modello geologico-tecnico del sottosuolo, illustra e caratterizza gli aspetti stratigrafici, strutturali, idrogeologici, geomorfologici, liotecnici e fisici nonché il conseguente livello di pericolosità geologica e il comportamento in assenza ed in presenza delle opere*".
2. La relazione geotecnica definisce, alla luce di specifiche indagini geotecniche, il comportamento meccanico del volume del terreno influenzato, direttamente o indirettamente, dalla costruzione del manufatto e che a sua volta influenzerà il comportamento del manufatto stesso. Illustra inoltre i calcoli geotecnici per gli aspetti che si riferiscono al rapporto del manufatto con il terreno.
3. Le relazioni idrologica e idraulica riguardano lo studio delle acque meteoriche, superficiali e sotterranee. Gli studi devono indicare le fonti dalle quali provengono gli elementi elaborati ed i procedimenti usati nella elaborazione per dedurre le grandezze di interesse.

[351] Si ricordi che ai sensi dell'art. 91, 3° comma del D.Lgs. n. 163/2006 (ex art. 17, comma 14 – *quinquies* della Legge n. 109/1994 e s.m.i.), la relazione geologica, diversamente dall'indagine, non è subappaltabile da parte del progettista incaricato.

[352] Art. 28 del D.P.R. n. 554/99.

delle predette relazioni, in quanto strumentale al perfezionamento del livello progettuale, dovrà ritenersi perentorio e non potrà essere differito ad un momento successivo dell'attività di progettazione[353].

Gli elaborati grafici, fermo il collegamento di principio con gli schemi del progetto preliminare, dovranno essere, rispetto a questi ultimi, dettagliati quanto meno ad un livello tale da consentire al progetto definitivo di assolvere le funzioni per le quali è destinato ed in particolare: 1) ottenere il rilascio delle autorizzazioni e permessi; 2) procedere all'espropriazione delle aree; 3) consentire la messa in esecuzione dell'intervento attraverso la successiva redazione del progetto esecutivo[354] senza apprezzabili modifiche del costo[355].

---

[353] In questi termini sembrerebbe esprimersi l'Autorità di vigilanza dei ll.pp. che con la Deliberazione n. 284, del 12/11/2003 ha precisato che "*L'acquisizione della relazione geologica, obbligatoria per le opere ricadenti in zona sismica, non in sede di progettazione definitiva ed esecutiva ma in sede di deposito dei calcoli statici si pone in contrasto con l'art. 16, commi 4 e 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. e con gli artt. 25 e 27, comma 1, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m., che definiscono in maniera puntuale i contenuti del progetto definitivo ed esecutivo e della relazione geologica*".

[354] Ai sensi dell'art. 30 del D.P.R. n. 554/99 Per i lavori e le opere puntuali i grafici sono costituiti, salva diversa indicazione del progetto preliminare ed oltre a quelli già predisposti con il medesimo progetto, da:

a) stralcio dello strumento urbanistico generale o attuativo con l'esatta indicazione dell'area interessata all'intervento;
b) planimetria d'insieme in scala non inferiore a 1:500, con le indicazioni delle curve di livello dell'area interessata all'intervento, con equidistanza non superiore a cinquanta centimetri, delle strade, della posizione, sagome e distacchi delle eventuali costruzioni confinanti e delle eventuali alberature esistenti con la specificazione delle varie essenze;
c) planimetria in scala non inferiore a 1:200, in relazione alla dimensione dell'intervento, corredata da due o più sezioni atte ad illustrare tutti i profili significativi dell'intervento, anche in relazione al terreno, alle strade ed agli edifici circostanti, prima e dopo la realizzazione, nella quale risultino precisati la superficie coperta di tutti i corpi di fabbrica. Tutte le quote altimetriche relative sia al piano di campagna originario sia alla sistemazione del terreno dopo la realizzazione dell'intervento, sono riferite ad un caposaldo fisso. La planimetria riporta la sistemazione degli spazi esterni indicando le recinzioni, le essenze arboree da porre a dimora e le eventuali superfici da destinare a parcheggio; è altresì integrata da una tabella riassuntiva di tutti gli elementi geometrici del progetto: superficie dell'area, volume dell'edificio, superficie coperta totale e dei singoli piani e ogni altro utile elemento;
d) le piante dei vari livelli, nella scala prescritta dai regolamenti edilizi o da normative specifiche e comunque non inferiore a 1:100 con l'indicazione delle destinazioni d'uso, delle quote planimetriche e altimetriche e delle strutture portanti. Le quote altimetriche sono riferite al caposaldo di cui alla lettera c) ed in tutte le piante sono indicate le linee di sezione di cui alla lettera e);
e) almeno due sezioni, trasversale e longitudinale nella scala prescritta da regolamenti edilizi o da normative specifiche e comunque non inferiore a 1:100, con la misura delle altezze nette dei singoli piani, dello spessore dei solai e della altezza totale dell'edificio. In tali sezioni è altresì indicato l'andamento del terreno prima e dopo la realizzazione dell'intervento, lungo le sezioni stesse, fino al confine ed alle eventuali strade limitrofe. Tutte le quote altimetriche sono riferite allo stesso caposaldo di cui alla lettera c);
f) tutti i prospetti, a semplice contorno, nella scala prescritta da normative specifiche e comunque non inferiore a 1:100 completi di riferimento alle altezze e ai distacchi degli edifici circostanti, alle quote

Fra gli allegati al progetto definitivo dovranno, inoltre, essere presenti lo studio di impatto ambientale nei soli casi in cui esso sia previsto dalla legge e lo studio di fattibilità ambientale che, quale specificazione dello studio di prefattibilità ambientale, dovrà indicare le misure atte a conformare la realizzazione dell'intervento del progetto alle esigenze ambientali in genere del territorio ove l'opera sarà localizzata ovvero i lavori eseguiti[356]. Elementi innovativi del progetto definitivo, rispetto a quello preliminare, sono il computo metrico estimativo, nonché il piano particellare di esproprio. Il primo, pur orientato dal costo preventivato dal

---

del terreno e alle sue eventuali modifiche. Se l'edificio è adiacente ad altri fabbricati, i disegni dei prospetti comprendono anche quelli schematici delle facciate adiacenti;

g) elaborati grafici nella diversa scala prescritta da normative specifiche e comunque non inferiore a 1:200 atti ad illustrare il progetto strutturale nei suoi aspetti fondamentali, in particolare per quanto riguarda le fondazioni;

h) schemi funzionali e dimensionamento di massima dei singoli impianti, sia interni che esterni;

i) planimetrie e sezioni in scala non inferiore a 1:200, in cui sono riportati i tracciati principali delle reti impiantistiche esterne e la localizzazione delle centrali dei diversi apparati, con l'indicazione del rispetto delle vigenti norme in materia di sicurezza, in modo da poterne determinare il relativo costo;

3. Le prescrizioni di cui al comma 2 si riferiscono agli edifici. Esse valgono per gli altri lavori e opere puntuali per quanto possibile e con gli opportuni adattamenti.

4. Per interventi su opere esistenti, gli elaborati di cui al comma 2, lettere c), d), e) ed f) indicano, con idonea rappresentazione grafica, le parti conservate, quelle da demolire e quelle nuove.

5. Per i lavori e le opere a rete i grafici costituiti, oltre che da quelli già predisposti con il progetto preliminare, anche da:

a) stralcio dello strumento urbanistico generale o attuativo con l'esatta indicazione dei tracciati dell'intervento. Se sono necessari più stralci è redatto anche un quadro d'insieme in scala non inferiore a 1:25.000;

b) planimetria in scala non inferiore a 1:2.000 con le indicazioni delle curve di livello delle aree interessate dall'intervento, con equidistanza non superiore a un metro, dell'assetto definitivo dell'intervento e delle parti complementari. Se sono necessarie più planimetrie è redatto anche un quadro d'insieme in scala non inferiore a 1:5.000;

c) profili longitudinali in scala non inferiore a 1:200 per le altezze e 1:2.000 per le lunghezze e sezioni trasversali;

d) piante, sezioni e prospetti in scala non inferiore a 1:100 di tutte le opere d'arte, manufatti e opere speciali comunque riconducibili ad opere puntuali.

6. Per ogni opera e lavoro, indipendentemente dalle tipologie e categorie, gli elaborati grafici del progetto definitivo comprendono le opere ed i lavori necessari per il rispetto delle esigenze di cui all'art. 15, comma 7.

[355] In forza di tale principio l'Autorità di vigilanza dei ll.pp. con Deliberazione n. 115 del 16/06/2004 in www.autoritàvigilanzallpp.it ha precisato che: "*Il rinvio alla fase della progettazione esecutiva di analisi e verifiche di sicurezza, ai fini dell'adeguamento sismico di un edificio, appare in contrasto con l'art. 25, comma 4, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m. ove è precisato che, nell'ambito del progetto definitivo, gli elaborati grafici e descrittivi nonché i calcoli preliminari di strutture ed impianti sono sviluppati ad un livello di definizione tale che nella successiva progettazione esecutiva non si abbiano apprezzabili differenze tecniche e di costo*".

[356] Art. 29, 2° comma, del D.P.R. n. 554/99.

progetto preliminare, dal quale non può marcatamente discostarsi[357], va ben oltre il criterio parametrico rappresentando una stima dei costi desunta dall'applicazione alle quantità delle lavorazioni i prezzi unitari desunti dal prezziario della stazione appaltante ovvero dai listini correnti nell'area interessata[358]; i relativi importi confluiranno in un quadro economico redatto ai sensi dell'art. 17 del regolamento generale. Da sottolineare che il computo metrico in questione è provvisorio e suscettivo di definizione nel computo metrico del progetto esecutivo previsto dall'art. 35 del D.P.R. n. 554/99.

Il piano particellare, invece, rientra nell'ambito della procedura espropriativa; è noto che l'approvazione del progetto preliminare deve consentire l'avvio della procedura espropriativa[359] mentre quella del progetto definitivo equivale alla dichiarazione di pubblica utilità indifferibilità ed urgenza ai sensi dell'art. 12 del DPR n. 327/2001.

Il progetto esecutivo è l'ultimo livello dell'attività di progettazione e per ciò solo le indicazioni in esso contenute dovranno presentare un grado di dettaglio tale da consentire l'esecuzione dei lavori. Il progetto esecutivo[360] deve essere redatto in conformità al progetto definitivo (ed ovviamente preliminare), nonché alle prescrizioni scaturenti dalla varie autorizzazioni connesse al progetto definitivo (*in primis* il permesso di costruire), e "*determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare ed il*

---

[357] Conferma tale principio l'Autorità di vigilanza ll.pp. che, nella Deliberazione n. 181 del 09/05/2001 in www.autoritàvigilanzallpp.it ha precisato che: "*Il progetto preliminare si sostanzia in un progetto di massima, avente un contenuto minimo essenziale corredato da un calcolo sommario della spesa. Il progetto definitivo propone soluzioni più funzionali ed adeguate rispetto all'opera da realizzare, incontrando tuttavia il limite invalicabile del rispetto dell'idea centrale del progetto preliminare. E' legittimo un provvedimento di approvazione del progetto definitivo di un'opera che comporti un incremento accettabile e compiutamente motivato del costo rispetto al calcolo sommario della spesa allegato al progetto preliminare dell'opera stessa, solo qualora le modifiche del progetto definitivo non stravolgano le previsioni del progetto preliminare, come previsto dall'art.26, co.2, lett. f), del D.P.R. 21 dicembre 1999, n.554 e s.m*".

[358] Art. 34, 1° comma, del D.P.R. n. 554/99. Ai sensi di quanto previsto dal secondo comma della medesima disposizione normativa per eventuali voci mancanti il relativo prezzo viene determinato: a) applicando alle quantità di materiali, mano d'opera, noli e trasporti, necessari per la realizzazione delle quantità unitarie di ogni voce, i rispettivi prezzi elementari dedotti da listini ufficiali o dai listini delle locali camere di commercio ovvero, in difetto, dai prezzi correnti di mercato; b) aggiungendo all'importo così determinato una percentuale per le spese relative alla sicurezza; c) aggiungendo ulteriormente una percentuale variabile tra il 13 e il 15 per cento, a seconda della categoria e tipologia dei lavori, per spese generali; d) aggiungendo infine una percentuale del 10 per cento per utile dell'appaltatore".

[359] Art. 93, 3° comma, del Codice

[360] Ai sensi dell'art. 93, 5° comma, del D.Lgs. n. 163/2006.

relativo costo e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, qualità dimensione e prezzo". In merito l'art. 35 del D.P.R. n. 554/99 precisa che: "*Il progetto esecutivo costituisce la ingegnerizzazione di tutte le lavorazioni e, pertanto, definisce compiutamente ed in ogni particolare architettonico, strutturale ed impiantistico l'intervento da realizzare*"[361]. Riguardo tale ultima nozione l'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici ha precisato che riveste la caratteristica della ingegnerizzazione, il progetto esecutivo che costituisce uno strumento operativo direttamente utilizzabile in cantiere per l'esecuzione dei lavori[362]. È stato, peraltro, precisato, che l'esecutività di un progetto è garantita dalla fattibilità oltre che tecnica, nel senso della calcolata ed analitica previsione progettuale in conformità a tutte le leggi e normative regolanti il settore delle opere pubbliche, anche amministrativa, nel senso di accertata rispondenza della previsione e qualità progettuale alle esigenze degli enti interessati ed in conformità alle previsioni di Piano sia territoriale sia di settore. A garanzia di tale fattibilità il progetto dovrà essere corredato di tutti i pareri, nulla osta e autorizzazioni da rilasciare a cura degli enti fruitori dell'opera o interferenti o controllo[363].

Dalla nozione di *ingegnerizzazione* del progetto esecutivo va distinta, però, quella di *cantierizzazione* dello stesso[364]. Quest'ultima non può consistere nel completamento degli elaborati progettuale ovvero nella copertura di eventuali lacune progettuali in quanto, come più volte sottolineato, nella fase esecutiva il progetto dovrà essere completo in ogni sua parte. Ciò non toglie, però, che il progetto esecutivo debba essere adattato alle esigenze concrete connesse alla realizzazione dei lavori e, pertanto, debba essere integrato con le istruzioni idonee a consentire la

---

[361] Ai sensi del citato art. 35 il progetto esecutivo è formato dalla seguente documentazione: a) relazione generale; b) relazioni specialistiche; c) elaborati grafici comprensivi anche di quelli delle strutture, degli impianti e di ripristino e miglioramento ambientale; d) calcoli esecutivi delle strutture e degli impianti; e) piani di manutenzione dell'opera e delle sue parti; f) piani di sicurezza e di coordinamento; g) computo metrico estimativo definitivo e quadro economico; h) cronoprogramma; i) elenco dei prezzi unitari e eventuali analisi; l) quadro dell'incidenza percentuale della quantità di manodopera per le diverse categorie di cui si compone l'opera o il lavoro; m) schema di contratto e capitolato speciale di appalto.

[362] Si veda Autorità vig. ll.pp. Determinazione n. 4/2001 del 31.01.2001 in www.autoritàvigilanzallpp.it

[363] Così l'Autorità di vigilanza ll.pp. nella Deliberazione n. 62 del 06/03/2002 in www.autoritàvigilanzallpp.it.

[364] La questione assume particolare importanza sotto il profilo dell'individuazione del soggetto onerato a garantirla; non è raro, difatti, nella pratica riscontrare clausole in capitolati speciali che prevedono a carico dell'impresa esecutrice dei lavori, e non al progettista, l'onere della cantierizzazione.

materiale realizzazione dell'intervento, precisando i compiti delle varie maestranze. La "cantierizzazione" potrà, pertanto, essere identificata in quell'attività consistente nella *"redazione degli eventuali documenti di interfacciata fra il progetto e l'esecuzione, consentendo di coniugare le esigenze progettuali con quelle di realizzazione delle opere, nel rispetto dell'autonomia imprenditoriale dell'esecutore"*[365]. Essa si concreterà, pertanto, nella predisposizione di piani operativi di cantiere, piani di approvvigionamenti, nonché di calcoli e grafici relativi alle opere provvisionali i quali, ai sensi dell'art. 35, 1° comma, del regolamento generale, restano esclusi dal novero degli elaborati della progettazione esecutiva ed in quanto tali potranno, evidentemente, essere posti a carico dell'impresa.

I contenuti del progetto esecutivo sono sostanzialmente simili a quelli del progetto definitivo, se non fosse altro per il diverso grado di dettaglio richiesto. Così la relazione generale dovrà descrivere *in dettaglio*[366] i criteri utilizzati per le scelte progettuali esecutive, per i particolari costruttivi e, dal punto di vista funzionale, atti a garantire il conseguimento e la verifica dei prescritti livelli qualitativi e di sicurezza. La relazione avrà inoltre ricadute anche sul piano contrattuale definendo (fermo restando quanto detto sopra per la "cantierizzazione" del progetto) il contenuto delle obbligazioni gravanti sull'appaltatore esecutore dei lavori[367]. Alla relazione generale si affiancano le relazioni specialistiche nelle quali dovranno essere illustrate *puntualmente* (e non solamente illustrate come previsto per il progetto definitivo) le soluzioni adottate[368], nonché i calcoli esecutivi delle

---

[365] In questi termini l'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici della Determinazione n. 4/2001 *cit.*

[366] e non solamente descrivere come nel caso della relazione del progetto definitivo.

[367] L'art. 36, 2° comma, del D.P.R. n. 554/99 dispone a tale riguardo che: "*La relazione generale contiene l'illustrazione dei criteri seguiti e delle scelte effettuate per trasferire sul piano contrattuale e sul piano costruttivo le soluzioni spaziali, tipologiche, funzionali, architettoniche e tecnologiche previste dal progetto definitivo approvato; la relazione contiene inoltre la descrizione delle indagini, rilievi e ricerche effettuati al fine di ridurre in corso di esecuzione la possibilità di imprevisti*"

[368] Per quanto concerne gli elaborati grafici l'art. 38 del D.P.R. n. 554/99 dispone che: "*Gli elaborati grafici esecutivi, eseguiti con i procedimenti più idonei, sono costituiti:*

a) dagli elaborati che sviluppano nelle scale ammesse o prescritte, tutti gli elaborati grafici del progetto definitivo;

b) dagli elaborati che risultino necessari all'esecuzione delle opere o dei lavori sulla base degli esiti, degli studi e di indagini eseguite in sede di progettazione esecutiva;

c) dagli elaborati di tutti i particolari costruttivi;

d) dagli elaborati atti ad illustrare le modalità esecutive di dettaglio;

e) dagli elaborati di tutte le lavorazioni che risultano necessarie per il rispetto delle prescrizioni disposte dagli organismi competenti in sede di approvazione dei progetti preliminari, definitivi o di approvazione di specifici aspetti dei progetti;

f) dagli elaborati di tutti i lavori da eseguire per soddisfare la esigenze di cui all'art. 15, comma 7;

strutture e degli impianti, che dovrà essere effettuata unitamente alla progettazione esecutiva delle opere civili al fine di prevedere esattamente ingombri, passaggi, cavedi, sedi, attraversamenti e simili[369].

La progettazione esecutiva richiede, inoltre, la predisposizione dell'elenco prezzi unitari e del relativo computo metrico definitivo[370], dei piani di sicurezza e coordinamento[371] e del piano di manutenzione dell'opera[372]. Quest'ultimo è definito dal regolamento generale come quel documento, complementare al progetto esecutivo, che prevede, pianifica e programma, tenendo conto degli elaborati progettuali esecutivi effettivamente realizzati, l'attività di manutenzione dell'intervento al fine di conservarne nel tempo la funzionalità, le caratteristiche di qualità, l'efficienza ed il valore economico. Si tratta di un documento le cui finalità si ricollegano evidentemente all'esigenza di limitare, anche una volta ultimata l'attività di progettazione ed esecuzione dell'intervento, la discrezionalità degli appaltatori chiamati a rispettare le prognostiche indicazioni del suddetto piano per la manutenzione dell'opera realizzata[373]. Il piano si articola rispettivamente in: a) un manuale d'uso rivolto

---

g) *dagli elaborati atti a definire le caratteristiche dimensionali, prestazionali e di assemblaggio dei componenti prefabbricati*".

[369] Ai sensi dell'art. 39 del regolamento generale "*I calcoli esecutivi delle strutture consentono la definizione e il dimensionamento delle stesse in ogni loro aspetto generale e particolare, in modo da escludere la necessità di variazioni in corso di esecuzione.",* mentre *"I calcoli esecutivi degli impianti sono eseguiti con riferimento alle condizioni di esercizio, alla destinazione specifica dell'intervento e devono permettere di stabilire e dimensionare tutte le apparecchiature, condutture, canalizzazioni e qualsiasi altro elemento necessario per la funzionalità dell'impianto stesso, nonché consentire di determinarne il prezzo*".

[370] Art. 44 del regolamento generale.

[371] Art. 41 del regolamento generale: "*I piani di sicurezza e di coordinamento sono i documenti complementari al progetto esecutivo che prevedono l'organizzazione delle lavorazioni atta a prevenire o ridurre i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori. La loro redazione comporta, con riferimento alle varie tipologie di lavorazioni, individuazione, l'analisi e la valutazione dei rischi intrinseci al particolare procedimento di lavorazione connessi a congestione di aree di lavorazione e dipendenti da sovrapposizione di fasi di lavorazioni. I piani sono costituiti da una relazione tecnica contenente le coordinate e la descrizione dell'intervento e delle fasi del procedimento attuativo, la individuazione delle caratteristiche delle attività lavorative con la specificazione di quelle critiche, la stima della durata delle lavorazioni, e da una relazione contenente la individuazione, l'analisi e la valutazione dei rischi in rapporto alla morfologia del sito, alla pianificazione e programmazione delle lavorazioni, alla presenza contemporanea di più soggetti prestatori d'opera, all'utilizzo di sostanze pericolose e ad ogni altro elemento utile a valutare oggettivamente i rischi per i lavoratori. I piani sono integrati da un disciplinare contenente le prescrizioni operative atte a garantire il rispetto delle norme per la prevenzione degli infortuni e per la tutela della salute dei lavoratori e da tutte le informazioni relative alla gestione del cantiere. Tale disciplinare comprende la stima dei costi per dare attuazione alle prescrizioni in esso contenute"*.

[372] Art. 40 del regolamento generale.

[373] In quest'ottica si veda anche F. ROMANO *op. cit.*, 560.

all'utenza; b) un manuale di manutenzione destinato ai manutentori professionali; c) un programma di manutenzione che fornisce tutti gli elementi ed informazioni per una corretta manutenzione.

Relativamente all'*iter* procedurale di approvazione dei progetti, l'art. 97 del Codice impone che esso venga condotto in conformità alle norme sul procedimento amministrativo di cui alla Legge n. 241/1990 vi comprese le norme previste per il funzionamento della speciale conferenza di servizi di cui all'art. 14 *bis* e ss. della medesima legge. In sintesi il procedimento di approvazione dei diversi livelli progettuali dovrà, dunque, essere caratterizzato dalle guarentigie previste dalla Legge n. 241/90 e strumentali alla soddisfazione delle esigenza di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa; gli obblighi di comunicazione, motivazione (ancorché *per relationem*), apertura alla partecipazione degli interessati e certezza dei tempi della decisioni informano, dunque, l'azione amministrativa diretta all'approvazione dei progetti.

9.2. Gli incarichi esterni

L'art. 90 del Codice riafferma il principio, "caro" alla Legge Merloni, della preferenza della progettazione interna – ossia esperita da organismi pubblici – rispetto a quella "esterna". Esso trae spunto dal "pacchetto" di previsioni che la Legge n. 109/1994, fin dalla sua prima versione, ha dettato nell'intento di "moralizzare" il settore degli appalti pubblici; vista in questo senso la previsione di cui all'art. 90, 1° comma del Codice persegue innanzitutto l'intento di ridurre le spese, sicuramente maggiori in caso di affidamenti esterni degli incarichi, ma anche di rivitalizzare l'affidabilità delle strutture tecniche interne alla pubblica amministrazione

Funge da corollario a tale scelta del legislatore, il principio della tassatività dei casi nei quali sia possibile procedere all'affidamento esterno di un incarico di progettazione, nonché della tassatività dei soggetti chiamati ad espletare i relativi incarichi. Difatti l'art. 90, 1° comma prevede che le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di lavori, nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale dei lavori pubblici sono espletate:

a) dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti;

b) dagli uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori che i comuni, i rispettivi consorzi e unioni, le comunità montane, le aziende unità sanitarie locali, i consorzi, gli enti di industrializzazione e gli enti di bonifica possono costituire con le modalità di cui agli articoli 30, 31 e 32 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267;
c) dagli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge;
d) da liberi professionisti singoli od associati nelle forme di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1815, e successive modificazioni, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa;
e) dalle società di professionisti;
f) dalle società di ingegneria[374];
g) da raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere d), e) ed f) ai quali si applicano le disposizioni di cui all'articolo 37 in quanto compatibili;
h) da consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nel settore dei servizi di ingegneria e architettura, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, e che abbiano deciso di operare in modo congiunto secondo le previsioni del comma 1 dell'articolo 36. E' vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile. Ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse, il fatturato globale in servizi di ingegneria e architettura realizzato da ciascuna società consorziata

[374] Per quanto concerne le società di ingegneria, ma anche di professionisti ed in merito all'accertamento dei requisiti di qualificazione, l'art. 253, comma 15, del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che: *"In relazione all'articolo 90, ai fini della partecipazione alla gara per gli affidamenti ivi previsti, le società costituite dopo la data di entrata in vigore della legge 18 novembre 1998, n. 415, per un periodo di tre anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa, e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato e con qualifica di dirigente o con funzioni di collaborazione coordinata e continuativa, qualora costituite nella forma di società di capitali; 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 e' esercitabile per un periodo massimo di tre anni da tale data".*

nel quinquennio o nel decennio precedente e' incrementato secondo quanto stabilito dall'articolo 36, comma 6, della presente legge; ai consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 36, commi 4 e 5 e di cui all'articolo 253, comma 8[375].

A sua volta l'art. 90, 6° comma, del D.Lgs. n. 163/2006[376] individua i casi, chiaramente tassativi, nei quali sarà possibile procedere ad affidamento esterno dei relativi incarichi di progettazione; a tal fine dispone che: *"Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare la redazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, nonché lo svolgimento di attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione, ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) g) e h), in caso di carenza in organico di personale tecnico, ovvero di difficoltà di rispettare i tempi della programmazione dei lavori o di svolgere le funzioni di istituto, ovvero in caso di lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale o in caso di necessità di predisporre progetti integrali, così come definiti dal regolamento, che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze, casi che devono essere accertati e certificati dal responsabile del procedimento"*.

Qualora l'incarico sia affidato a strutture organizzate in forma societaria il Codice conferma il principio, già affermato dalla legge n. 109/1994, della personalità dell'incarico nel senso che, quale che sia la natura giuridica del soggetto affidatario, l'incarico dovrà essere espletato da professionisti:

1) che siano iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali;
2) che siano personalmente responsabili;
3) che siano nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali[377].

---

[375] Ai sensi dell'art. 253, 8° comma del D.Lgs. n. 163/2006: "*Limitatamente ai lavori di importo sotto soglia, le disposizioni dell'articolo 32, comma 1, lettera g) e dell'articolo 122, comma 8, non si applicano alle opere di urbanizzazione secondaria da realizzarsi da parte di soggetti privati che, alla data di entrata in vigore del Codice, abbiano già assunto nei confronti del Comune l'obbligo di eseguire i lavori medesimi a scomputo degli oneri di urbanizzazione"*.

[376] Ex art. 17, 4° comma, della Legge n. 109/1994.

[377] Precisa, altresì, l'art. 90, 7° comma del Codice che: *"Deve inoltre essere indicata, sempre nell'offerta, la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche. Il regolamento definisce le modalità per promuovere la presenza anche di giovani professionisti nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione, concorsi di idee.*

Il principio della personalità della prestazione è fatto salvo anche nel caso in cui l'attività di progettazione sia espletata all'interno della pubblica amministrazione, ma in questo caso mutano i requisiti soggettivi richiesti. Difatti l'art. 90, 4° comma, del Codice[378] richiede che il dipendente firmatario del progetto sia "solamente" abilitato e non anche iscritto all'albo professionale come il professionista privato. Rispetto alla previsione di cui all'art. 17, 2° comma, della Legge n. 109/1994, sul punto modificata dall'art. 6, 2° comma, della Legge n. 415/1998, viene meno la previsione che consentiva ai tecnici diplomati di firmare ugualmente i progetti sopperendo all'assenza dell'abilitazione mediante l'esperienza professionale e l'anzianità di servizio[379]. Tuttavia tale norma è ripresa dalla norme transitorie del Codice; difatti l'art. 253, 16° comma, conferma che: *"I tecnici diplomati che siano* ***in servizio*** *presso l'amministrazione aggiudicatrice* ***alla data di entrata in vigore della legge 18 novembre 1998, n. 415****, in assenza dell'abilitazione, possono firmare i progetti, nei limiti previsti dagli ordinamenti professionali, qualora siano in servizio presso l'amministrazione aggiudicatrice ovvero abbiano ricoperto analogo incarico presso un'altra amministrazione aggiudicatrice, da almeno cinque anni e risultino inquadrati in un profilo professionale tecnico e abbiano svolto o collaborato ad attività di progettazione".*

La norma in questione, però, limita l'efficacia della norma sotto il profilo temporale in quanto non tutti i diplomati - dipendenti che presentino i requisiti di esperienza potranno essere firmatari dei progetti, ma esclusivamente coloro i quali fossero già dipendenti della pubblica amministrazione a far data dall'entrata in vigore della legge n. 415/98. È chiaro che la norma realizza una *deminutio* nei confronti di quei diplomati privi di abilitazione che, pur assunti dopo l'entrata in vigore della legge n. 415/98, hanno acquisito, vigente l'art. 17, 2° comma, della Legge n. 109/1994, la facoltà di firmare i progetti avendo maturato i relativi requisiti, ma che, dall'1.7.2006, all'esito dell'entrata in vigore della

---

All'atto dell'affidamento dell'incarico deve essere dimostrata la regolarita' contributiva del soggetto affidatario".

[378] Così come l'art. 17, 2° comma, della Legge n. 109/1994.

[379] In particolare dispone l'art. 17, 2° comma, della Legge n. 109/1994 che: *".....I tecnici diplomati, in assenza dell'abilitazione, possono firmare i progetti, nei limiti previsti dagli ordinamenti professionali, qualora siano in servizio presso l'amministrazione aggiudicatrice, ovvero abbiano ricoperto analogo incarico presso un'altra amministrazione aggiudicatrice, da almeno cinque anni e risultino inquadrati in un profilo professionale tecnico e abbiano svolto o collaborato ad attività di progettazione".*

previsione transitoria citata hanno visto venir meno tale facoltà se non previo conseguimento dell'abilitazione professionale. La norma potrebbe determinare conseguenze di natura organizzativa in particolare per quei Comuni di piccole dimensioni che vedono inopinatamente venir meno un tecnico per la firma dei progetti e che contemporaneamente versano nell'impossibilità di assumere nuovo personale per le ristrettezze imposte dalle recenti leggi finanziarie. Peraltro la disciplina sul punto è resa ancora più restrittiva, rispetto al previgente regime, considerando quanto disposto dall'art. 91, 8° comma, del Codice secondo il quale: *"È vietato l'affidamento di attività di progettazione, direzione lavori, collaudo, indagine e attività di supporto a mezzo di contratti a tempo determinato o altre procedure diverse da quelle previste dal presente Codice"*. La norma, in verità, è diretta a cassare la prassi di configurare come mera attività di consulenza l'attività di progettazione e si conforma a quell'orientamento della giurisprudenza secondo il quale *"L'incarico di progettazione esecutiva di un'opera pubblica affidata a professionisti esterni alla pubblica amministrazione, diversamente dall'attività di consulenza, non si esaurisce uno tractu e non afferisce ad una componente prodromica di studio ed indagine, nella cui elaborazione il tecnico debba limitarsi a fornire il suo studio ed il suo convincimento sui problemi di ordine generale e preliminare"*[380], ma vista, nell'ottica delle preclusioni di cui sopra per quanto concerne i tecnici non diplomati, aggrava il problema organizzativo.

Altro fondamentale principio in materia di progettazione che il Codice, pur con alcune contraddizioni, ha fatto salvo è quello della separazione fra l'attività di progettazione e l'esecuzione dei lavori progettati già vista dal legislatore della "Merloni" come elemento di trasparenza e come garanzia della corretta conduzione dei lavori. Il divieto in questione si concretizza nella previsione normativa di cui all'art. 90, 8° comma, del Codice[381] che stabilisce il divieto per i progettisti di partecipare agli appalti ed alle concessioni delle opere progettate ivi compresi subappalti e cottimi sia direttamente che mediante un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione[382]. In

---

[380] T.A.R. Sicilia – Catania, III, 14.02.2002, n. 84 in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lombardia - Milano, II, 30.07.1996, n. 1269).

[381] Ex art. 17, commi 10 e 11, L. n. 109/1994.

[382] In particolare la norma citata dispone: *"Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato,*

merito alle situazioni di controllo, la cui individuazione rappresenta probabilmente l'aspetto più problematico ancorché relazionato al parametro normativo di cui all'art. 2359 c.c., la giurisprudenza ha provveduto ad individuare alcune figure sintomatiche circa l'effettiva sussistenza della "*influenza dominante*" di cui all'ultimo comma dell'articolo citato.

È così stato riscontrata una presunta "*influenza dominante*" nel caso di vincoli parentali[383]; di comunanza del centralino[384]; di comunanza delle sedi[385]. Si è, inoltre, riscontrata una situazione di controllo nel caso di accordi, contrattuali o in via di mero fatto[386]. Ovviamente restano ferme le caratteristiche dell'attività di progettazione quale attività libero professionale, ossia la "*nominatività*" dell'incarico di progettazione e la "*personalità*" della responsabilità per il suo espletamento. Come già rilevato il Codice, pur adottando il principio della separazione tra attività di progettazione e quella di esecuzione, in realtà prevede una serie di eccezioni di rilievo (come ad esempio le succitate novità in materia di appalto integrato) tali da svilirne l'importanza e palesarne una latente contraddittorietà d'impostazione. In verità le recenti modifiche stratificatesi sull'originario impianto della Legge n. 109/1994 anziché riformarne ed eventualmente adattarne il contenuto al mutato contesto di riferimento, hanno indebolito propria la precettività dei principi fondamentali ponendosi in dubbio rapporto di legittimità rispetto alle norme europee

Difatti nel considerando (9), la Direttiva 18/2004 affronta la questione relativa alla separazione dell'attività di progettazione da quella di esecuzione dei lavori negli appalti. Il predetto considerando statuisce che: *" ....è opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici possano prevedere sia l'aggiudicazione separata che l'aggiudicazione congiunta di appalti per l'esecuzione e la progettazione dei lavori. La presente Direttiva non è intesa a prescrivere un'aggiudicazione separata o congiunta. La decisione relativa a un'aggiudicazione separata o congiunta dell'appalto deve*

---

controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del Codice civile. I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti".

[383] T.A.R. Lazio, III, 06.04.2001, n. 3032; id., II, 21.03.1997, n. 521. FONTE

[384] T.A.R. Lazio, III, 16.06.1998, n. 1393. FONTE

[385] T.A.R. Liguria, II, 13.11.1998, n. 799 FONTE

[386] Cons. St., VI, 28.02.2000, n. 1056 in www.giustizia-amministrativa.it.

fondarsi su criteri qualitativi ed economici che possono essere definiti dalle legislazioni nazionali".

Occorre prestare attenzione agli effettivi contenuti del considerando in esame, il quale non sembrerebbe disciplinare affatto l'ipotesi di un istituto unico che integri attività di progettazione ed esecuzione dei lavori, ma esclusivamente un affidamento congiunto "*di appalti per l'esecuzione di progettazione e lavori*". In sostanza, quello che la Direttiva 18/2004 rimanda alla facoltà delle legislazioni nazionali è la eventuale regolamentazione normativa dell'affidamento congiunto di due distinti appalti (uno per la progettazione e uno per l'esecuzione dei lavori) e non di un unico appalto il cui oggetto si concreti in un'attività di progettazione ed esecuzione congiunta. Si tratta, dunque, di una previsione orientata alla semplificazione ed allo snellimento procedurale, ma non anche all'introduzione di nuovi istituti. Se, dunque, il *trait d'union* attiene esclusivamente al profilo procedurale dell'aggiudicazione, ma non anche a quello sostanziale dei contenuti dell'appalto, ecco che l'ipotesi dell'appalto di progettazione ed esecuzione previsto dal Codice non appare riconducibile all'ambito di operatività del considerando (9). Nelle norme del Codice, così come in quelle dell'art. 19 della Legge n. 109/1994 dopo le modifiche di cui alla legge n. 166/2002, non si fa riferimento al mero profilo procedimentale della congiunta aggiudicazione di due appalti, ma alla configurazione della nuova fattispecie dell'appalto congiunto di progettazione ed esecuzione.

Per l'individuazione dei casi nei quali potrebbe essere esperito un affidamento congiunto dei due appalti, il considerando (9) rinvia all'intervento del legislatore nazionale che dovrà, procedere alla loro individuazione sulla base di criteri qualitativi **ed** economici. Come è possibile evincere dalla particella congiuntiva "*ed*", l'esperibilità dell'affidamento congiunto è condizionata alla co-presenza di criteri sia qualitativi che economici, mentre già nel caso della disciplina italiana dell'appalto integrato – soprattutto in seguito alle modifiche apportate dalla Legge n. 166/2002 - per l'operatività dell'istituto sono richiesti criteri esclusivamente economici (il valore dell'appalto) o criteri esclusivamente qualitativi (la complessità della prestazione). Nel Codice, poi, l'art. 53 non individua le condizioni economiche e qualitative in presenza delle quali procedere all'affidamento congiunto, ma rimette il tutto all'apprezzamento discrezionale della pubblica amministrazione che dovrebbe fondare la sua valutazione sulla base di non meglio chiarite esigenze tecniche, organizzative ed economiche.

Tutto ciò non porta a ritenere che l'istituto dell'appalto, come attualmente regolamentato dal legislatore italiano, sia necessariamente incompatibile con i principi comunitari in materia di appalti pubblici che la Direttiva 18/2004[387] recepisce, ma sicuramente che esso non trova riconoscimento giuridico nell'ipotesi disciplinata dal considerando (9).

9.3. Le procedure di affidamento ed i concorsi di progettazione e di idee.

L'art. 91 del Codice disciplina le procedure di affidamento degli incarichi di progettazione. Rispetto al previgente art. 17 della Legge n. 109/1994, che prevedeva sostanzialmente tre fasce di valore degli incarichi[388], la norma del Codice ne individua due:

1) incarichi d'importo inferiore ai 100.000 €;

2) incarichi d'importo pari o superiore ai 100.000 €.

Per quanto concerne i primi, occorre rilevare che la norma in parola non risolve certamente i dubbi sollevati dalla previgente disciplina normativa. Difatti, già l'art. 24, 5° comma, della legge n. 62/2005 era intervenuto a modificare il comma 12 dell'art. 17 della legge n. 109/1994 nel senso che: *"Per l'affidamento di incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori il cui importo stimato sia inferiore a 100.000 euro, le stazioni appaltanti, per il tramite del responsabile del procedimento, possono procedere all'affidamento ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) e g)[389], nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza".*

Tale norma, in ossequio ad una specifica contestazione della Commissione europea, era dettata dall'esigenza di abbandonare il carattere fiduciario dell'affidamento degli incarichi d'importo inferiore alla soglia dei 100.000 €, introducendo l'obbligo del rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza al fine di limitare la discrezionalità della pubblica amministrazione rispetto alle

---

[387] Quanto meno dal punto di vista definitorio in quanto ai sensi dell'art. 1, par. 1, lett. b) della Direttiva 18/2004 l'appalto può avere ad oggetto l'esecuzione dei lavori congiuntamente alla loro progettazione.

[388] Rispettivamente al di sotto dei 100.000 €, fra 100.000 euro fino alla soglia comunitaria e, d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria (211.000 €).

[389] Si tratta dei soggetti legittimati ad espletare incarichi di progettazione esterna.

precedenti modalità di affidamento degli incarichi incentrate esclusivamente sulla valutazione dei *curricula* dei concorrenti. Tuttavia la limitazione della discrezionalità della pubblica amministrazione difettava di concretezza, mancando la definizione dei contenuti e delle conseguenze applicative dei suddetti principi[390]. La questione centrale era, dunque, quella di accertare quali dovevano essere i contenuti "*minimi*" della procedura di affidamento degli incarichi sotto soglia tale per cui potevano considerarsi effettivamente rispettati i principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Tale questione è stata lasciata insoluta dall'art. 91 del Codice che ha richiamato, nuovamente senza specificarne il contenuto, i principi di cui alla norma precedente. Tuttavia viene meno l'affidamento "*fiduciario*" degli incarichi in quanto il 2° comma dell'articolo citato[391] prevede espressamente che il responsabile del procedimento proceda ad invitare alla procedura almeno cinque concorrenti[392] ed ad aggiudicare la gara nel rispetto della procedura prevista dall'art. 57, comma 6 del Codice[393]. Come già detto, però, l'efficacia dell'art. 57 del Codice è stata sospesa fino all'1.2.2007 cosicché, anche nel caso di affidamento degli incarichi di progettazione sotto la soglia dei 100.000 € non sarà possibile farne applicazione sino a tale data. Riemerge ancora una volta, dunque, la necessità di chiarire il contenuto dei precetti generali che l'art. 91, 2°

---

[390] In questi termini anche M BALDI *Legge comunitaria e disciplina degli appalti* in Urb. app. n. 8/2005, 899 ss.; R. MANGANI *Ma non basta: pubblica amministrazione più limitata* in Ed. e terr., 3 ss.

[391] L'art. 91, 2° comma, del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che: *"Gli incarichi di progettazione di importo inferiore alla soglia di cui al comma 1 possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f), g) e h) dell'articolo 90, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito e' rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei"*.

[392] Nella procedura negoziata sono tre.

[393] L'art. 57 del D.Lgs. n. 163/2006 regolamenta la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara. Il suo 6° comma dispone che: *"Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando"*.

comma, del Codice, al pari della normativa pregressa, si limita esclusivamente ad enunciare.

Per quanto concerne, invece, gli incarichi di importo pari o superiore ai 100.000 €, l'art. 91, 1° comma, del Codice prevede rispettivamente l'applicazione:

1) per i contratti d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria (211.000 €) le regole di cui alla Parte II, Titolo I del Codice relativa ai contratti aventi rilevanza comunitaria;

2) per i contratti d'importo inferiore alla soglia comunitaria, ma comunque pari o superiore ai 100.000 €, le regole di cui alla Parte II, Titolo II (artt. 121 – 125) relativa ai contratti sotto soglia comunitaria[394]. Da notare, riguardo quest'ultima tipologia di incarichi che fra le norme del Titolo II rientrano anche quelle afferenti agli acquisti in economia (art. 125) che prevedono una procedura particolarmente semplificata.

Un palese difetto di raccordo con le nuove regole è presente nella previsione normativa di cui all'art. 91, 6° comma del Codice secondo cui è possibile procedere **all'affidamento diretto** della direzione lavori anche qualora dell'affidamento di tale incarico si dia indicazione nel bando di gara ed anche qualora il relativo importo, ove cumulato con quello della progettazione, superi la soglia comunitaria dei 211.000 €[395]. In particolare la norma in questione, pur in presenza di un doppio incarico (progettazione e direzione lavori) e di un doppio importo da corrispondere che complessivamente considerato, comporta il superamento della soglia di valore per l'applicazione delle regole comunitarie, individua la soglia di valore dell'incarico esclusivamente con riferimento all'incarico di

---

[394] L'art. 91, 1° comma, del Codice dispone che: *"Per l'affidamento di incarichi di progettazione di cui all'articolo 90 di importo pari o superiore a 100.000 euro si applicano le disposizioni di cui alla parte II, titolo I e titolo II del Codice, ovvero, per i soggetti operanti nei settori di cui alla parte III, le disposizioni ivi previste"*. Per la disciplina dei contratti sotto soglia si veda *infra*.

[395] In particolare l'art. 91, 6° comma, del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che: *"Nel caso in cui il valore delle attività di progettazione e direzione lavori superi complessivamente la soglia di applicazione della Direttiva comunitaria in materia, l'affidamento diretto della direzione dei lavori al progettista e' consentito soltanto ove espressamente previsto dal bando di gara della progettazione"*. La norma ripropone la formulazione dell'art. 17, comma 14 della Legge n. 109/1994 secondo il quale: *"Nel caso in cui il valore delle attività di progettazione e direzione lavori superi complessivamente la soglia di applicazione della Direttiva comunitaria in materia, l'affidamento diretto della direzione dei lavori al progettista è consentito soltanto ove espressamente previsto dal bando di gara della progettazione"*.

progettazione consentendo l'affidamento diretto dell'incarico di direzione lavori in favore del progettista[396]. In verità, pur considerando le strette connessioni esistenti fra progettazione e direzione lavori, la norma non trova alcun supporto giustificativo, anzi palesa un evidente contrasto con le regole comunitarie che impongono l'applicazione delle regole della Direttiva una volta raggiunto l'importo per la sua applicazione[397].

Le progettazioni definitiva ed esecutiva sono di norma affidate al medesimo soggetto, pubblico o privato, a meno che non ostino in tal senso particolari ragioni rimesse all'accertamento del responsabile del procedimento. In tal caso occorre l'accettazione, da parte del nuovo progettista, dell'attività' progettuale precedentemente svolta. L'affidamento può comprendere entrambi i livelli di progettazione, fermo restando che l'avvio di quello esecutivo resta sospensivamente condizionato alla determinazione delle stazioni appaltanti sulla progettazione definitiva[398].

Infine restano fermi i divieti di subappaltabilità della predisposizione delle relazioni geologiche[399].

Dagli incarichi di progettazione, diretti alla selezione del **progettista**, vanno distinti i concorsi di progettazione diretti alla selezione di un **progetto**. La Direttiva 18/2004 presenta, al pari delle direttive vigenti, pochi spunti relativi all'attività di progettazione, mentre disciplina specificatamente - anche qui con poche rilevanti differenziazioni rispetto alla Direttiva n. 92/50 Ce - i concorsi di progettazione nel Titolo IV (artt. 66-74); tali norme sono state recepite integralmente dal Codice agli artt. 99 – 110.

---

[396] Si pensi ad un incarico multiplo (progettazione e direzione lavori) di importo pari a 230.000 € (quindi superiore alla soglia comunitaria) di cui 200.000 € per progettazione e 30.000 € per direzione lavori che prevede l'applicazione delle regole di cui all'art. 91, 1° comma, prima parte del Codice. Ove, come consentito dal 6° comma dell'art. 91, la direzione lavori (30.000 €) sia affidata direttamente verrebbe a legittimarsi anche l'affidamento diretto della progettazione che isolatamente considerata non supera la soglia europea. In sostanza una vera e propria lottizzazione volta ad eludere artificiosamente le regole dell'evidenza pubblica europee.

[397] In senso critico sulla norma i veda anche V. MINIERO *Progettazione, gara a cinque per i piccoli incarichi sotto soglia senza pubblicità*, in Ed. Terr. n. 17/2006, 30.

[398] Art. 91, 4° comma, del D.LGs. n. 163/2006.

[399] Dispone l'art. 91, 3° comma, del Codice che: *"In tutti gli affidamenti di cui al presente articolo l'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per le attività relative alle indagini geologiche, geotecniche e sismiche, a sondaggi, a rilievi, a misurazioni e picchettazioni, alla predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con l'esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali. Resta comunque impregiudicata la responsabilità del progettista"*.

Per quanto attiene alla disciplina del concorso di progettazione, il legislatore comunitario ne rinviava la regolamentazione all'intervento del legislatore nazionale che avrebbe dovuto procedere alla disciplina della materia in conformità ai precetti stabiliti dagli artt. 66-74 della Direttiva 18/2004.

Ai sensi dell'art. 3 comma 41 del D.Lgs. n. 163/2006[400] il concorso di progettazione comprende *".. le procedure intese a fornire alla stazione appaltante, soprattutto nel settore della pianificazione territoriale, dell'urbanistica, dell'architettura, dell'ingegneria o dell'elaborazione di dati, un piano o un progetto, selezionato da una commissione giudicatrice in base ad una gara, con o senza assegnazione di premi".*

Le regole previste dalla Sezione III del Codice si applicano rispettivamente[401]:

a) alle amministrazioni aggiudicatrici designate nell'allegato IV come Autorità governative centrali, a partire da una soglia pari o superiore a 137.000 euro;

b) dalle stazioni appaltanti non designate nell'allegato IV, a partire da una soglia pari o superiore a 211.000 euro;

c) da tutte le stazioni appaltanti, a partire da una soglia pari o superiore a 211.000 euro quando i concorsi di progettazione hanno per oggetto servizi della categoria 8 dell'allegato II A[402], servizi di telecomunicazioni della categoria 5, le cui voci nel CPV corrispondono ai numeri di riferimento 7524, 7525 e 7526 della CPC, o servizi elencati nell'allegato II B.

Per quanto concerne, invece, i concorsi d'importo inferiore alla soglia comunitaria, essi dovranno essere aggiudicati nel rispetto dei principi del Trattato in tema di trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità[403].

Per quanto concerne, invece, l'ambito oggettivo di operatività delle norme del Codice esse si applicheranno rispettivamente:

---

[400] Che riprende la definizione dell'art. 1, par. 11, lett. e) della Direttiva 18/2004.
[401] Art. 99,1° comma, del Codice.
[402] Servizi di ricerca e sviluppo.
[403] Art. 110 del D.Lgs. n. 163/2006.

a) ai concorsi di progettazione indetti nel contesto di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi; in questo caso la soglia di valore è determinata dal valore stimato al netto dell'IVA dell'appalto pubblico di servizi, compresi gli eventuali premi di partecipazione e/o versamenti ai partecipanti[404];

b) ai concorsi di progettazione che prevedono premi di partecipazione o versamenti a favore dei partecipanti; in questo caso la soglia di valore è quella definita dai premi e pagamenti compreso il valore stimato al netto dell'IVA dell'appalto pubblico di servizi che potrebbe essere successivamente aggiudicato ai sensi dell'art. 31, par. 3, qualora l'amministrazione aggiudicatrice non escluda tale aggiudicazione nel bando di concorso[405].

Restano, invece, esclusi dall'ambito oggettivo di operatività delle predette norme rispettivamente[406]:

a) i concorsi di progettazione indetti nelle circostanze previste dagli articoli 17 (contratti segretati o che esigono particolari misure di sicurezza), 18 (appalti aggiudicati in base a norme internazionali), 22 (contratti esclusi nel settore delle telecomunicazioni);

b) i concorsi indetti per esercitare un'attività in merito alla quale l'applicabilità dell'articolo 219, comma 1, sia stata stabilita da una decisione della Commissione, o il suddetto comma sia considerato applicabile, conformemente ai commi 9 e 10 di tale articolo;

c) i concorsi di progettazione di servizi di cui alla parte III, capo IV, indetti dalle stazioni appaltanti che esercitano una o più delle attività di cui agli articoli da 208 a 213 e che sono destinati all'esercizio di tale attività.

Le amministrazioni che intendono indire un concorso di progettazione dovranno rendere nota tale intenzione mediante la pubblicazione di un bando nel rispetto delle modalità di cui agli artt. 102, 103 e 104 del Codice[407]. Esse sono altresì tenute a dare avviso dei relativi risultati della

---

[404] Art. 99, 2° comma, lett. a) del D.Lgs. n. 163/2006.
[405] Art. 99, 2° comma, lett. b) del D.Lgs n. 163/2006.
[406] Art. 100 del D.Lgs. n. 163/2006.
[407] Che riprende gli artt. 36, paragrafi da 2 ad 8 della Direttiva 18/2004 e l'art. 70. L'art. 70, par. 1, della Direttiva 18/2004 prevede che: *"I bandi e gli avvisi di cui all'art. 69 contengono le informazioni*

procedura, fatta eccezione per quelle informazioni la cui divulgazione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di imprese pubbliche o private, oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra i prestatori di servizi.

I bandi e gli avvisi afferenti ai concorsi di progettazione dovranno presentare i requisiti di cui all'allegato IX D e conformarsi ai modelli adottati dalla Commissione europea; la stazione appaltante dovrà procedere alla loro pubblicazione in ossequio ai precetti di cui all'art. 66, 2° comma, e seguenti del Codice.

Il concorso di progettazione dovrà, dunque, avere per oggetto l'acquisizione di un progetto da parte dell'amministrazione committente; limitatamente alla materia dei lavori pubblici, tale progetto dovrà avere un livello di approfondimento **preliminare**[408], mentre, qualora venisse adottato, quale sistema di esecuzione, la concessione di lavori, l'elaborato progettuale dovrà essere integrato da uno studio circa la fattibilità economica della realizzazione e gestione dell'intervento[409].

Per quanto concerne, infine, la Commissione giudicatrice, l'art. 106 del Codice richiama, in quanto compatibili, le regole di cui all'art. 84, precisando altresì che *"Se ai partecipanti a un concorso di progettazione e' richiesta una particolare qualifica professionale, almeno un terzo dei membri della commissione deve possedere la stessa qualifica o una qualifica equivalente"*. I principi generali che ne informano l'azione sono quelli dell'autonomia di giudizio, della tutela dell'anonimato dei concorrenti e della predeterminazione dei requisiti di qualificazione e dei parametri di valutazione[410], tutti evidentemente strumentali a garantire l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa.

Da accogliere con favore la novità introdotta dal 3° comma, dell'art. 107 del Codice, il quale disciplina un "*dialogo tecnico*" fra concorrenti e commissione giudicatrice diretto a consentire il chiarimento degli aspetti "*controversi*" delle proposte progettuali. Il dialogo, che dovrà essere successivo alla prima valutazione delle proposte, non incide sull'aspetto

---

indicate nell'allegato VII D, in base ai modelli di formulari adottati dalla Commissione conformemente alla procedura di cui all'art. 77, par. 2.".V. l'all. VII D in appendice".

[408] Ad eccezione di quanto previsto dall'art. 109 del Codice su cui *infra*.

[409] Art. 99, 3° comma, del Codice.

[410] Art. 107, 1° comma, del Codice.

economico, ma esclusivamente su quello tecnico della proposta ed incide sull'obiettività della valutazione della Commissione[411].

Al vincitore del Concorso di progettazione potrà essere affidata anche la redazione dei successivi livelli progettuali, ma previo esperimento di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando purché tale facoltà ed i relativi importi siano espressamente previsti nel bando di indizione del concorso[412].

La nuova disciplina del Concorso di progettazione deve, però, essere integrata alla luce dell'art. 253, 3° comma del Codice secondo il quale: "*Per i lavori pubblici, fino all'entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 5, continuano ad applicarsi il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554,……"*. In sostanza, relativamente alla sola materia dei ll.pp., le norme del Regolamento del 1999 troveranno comunque applicazione anche ai concorsi banditi successivamente al 1° luglio 2006 (data di entrata in vigore del Codice) e fino a quando non entri in vigore il Regolamento generale di cui all'art. 5[413]. Le norme del DPR n. 554/99 – che disciplinano il concorso di progettazione e di idee – dovranno ritenersi pienamente efficaci a prescindere dal recepimento fattone dalle norme del Codice, sempre che siano con queste ultime compatibili. L'importanza della reviviscenza del regolamento del 1999 si riscontra, in particolare, in tutti quei casi in cui la novella codicistica lasci scoperti i profili disciplinari della materia trattata, come avviene anche per il Concorso di progettazione relativamente al pagamento del "premio" in favore del vincitore. Dispone l'art. 99, 4° comma del Codice che: *"L'ammontare del premio da assegnare al vincitore e delle somme da assegnare agli altri progetti ritenuti meritevoli, a titolo di rimborso spese, sono stabiliti dal regolamento"*. È chiaro che, la mancata individuazione dei criteri per la determinazione del premio causerebbe l'impossibilità di indire concorsi di progettazione; l'applicazione del DPR n. 554/99 risolve a monte la questione, disponendo all'art. 59, 4° comma che l'ammontare del premio sarà pari al 60% dell'importo presunto dei servizi necessari per la

---

411 Ai sensi dell'art. 107 del D.Lgs. n. 163/2006, i contenuti del dialogo tecnico dovranno essere verbalizzati.

412 Art. 99, 5° comma del Codice secondo cui: *"Al vincitore del concorso, se in possesso dei requisiti previsti dal bando, possono essere affidati con procedura negoziata senza bando i successivi livelli di progettazione. Tale possibilità e il relativo corrispettivo devono essere stabiliti nel bando"*.

413 Questo proprio sulla scorta della normativa transitoria citata che "rimanda" – al momento della definitiva abrogazione del regolamento generale di cui all'art. 5 - la definitiva abrogazione dell'art. 59 del regolamento generale approvato con DPR n. 554/99 gia prevista dall'art. 256 del Codice.

redazione del progetto preliminare calcolato sulla base delle vigenti tariffe professionali mentre una ulteriore somma, compresa fra il 40% ed il 70% è stanziata per i concorrenti ritenuti meritevoli, a titolo di rimborso spese per la redazione del progetto preliminare.

Per quanto concerne il profilo procedimentale, l'art. 109 del Codice, riprendendo quanto disposto dall'art. 59, 6° e 7° comma, del D.P.R. n. 554/99, prevede due speciali tipologie di concorsi di progettazione articolati in due fasi:

1) ai sensi dell'art. 59, 6° comma D.P.R. n. 554/99 (art. 109, 1° comma del Codice) è previsto che: "*In caso di intervento di particolare rilevanza e complessità può procedersi ad esperimento di un concorso articolato in due gradi, dei quali, il secondo, che ha ad oggetto la presentazione del progetto preliminare, si svolge tra i soggetti individuati attraverso la valutazione di proposte di idee presentate al concorso di primo grado e selezionate senza formazione di graduatorie di merito nè assegnazione di premi. Al vincitore, se in possesso dei requisiti richiesti dal bando, è affidato l'incarico della progettazione definitiva ed esecutiva a condizione che tale possibilità ed il relativo importo dell'incarico siano previsti nel bando di gara*";

2) ai sensi dell'art. 59, 7° comma, reg. (art. 109, 2° comma del Codice) è disposto che: *"Le stazioni appaltanti, dandone adeguata motivazione, possono altresì procedere, all'esperimento di un concorso in due gradi, il primo avente ad oggetto la presentazione di un progetto preliminare, e il secondo avente ad oggetto la presentazione di un progetto definitivo. Restano ferme le altre disposizioni del comma 6"*. Orbene, rispetto a tale ultima formulazione della norma, l'art. 109, 2° comma, del Codice elide il riferimento alla norme di cui al "comma 6" contenute dall'art. 59 del DPR n. 554/99. La differenza si riverbera sulla disciplina sostanziale in quanto il 6° comma citato consentiva di affidare al tecnico incaricato della progettazione preliminare anche la redazione della progettazione definitiva ed esecutiva[414]; le modifiche normative inducono a ritenere che nel caso di Concorso su due gradi di cui all'art. 109, 2° comma, del Codice (ex art. 59,

[414] Facoltà, peraltro, prevista anche dal 1° comma, dell'art. 109 del Codice.

7° comma, del Regolamento generale) al vincitore non possa essere affidata contestualmente, ancorché sia prevista dal bando di gara, la redazione della progettazione definitiva ed esecutiva. Tuttavia, sarà possibile l'affidamento diretto dell'incarico di predisposizione del **solo progetto definitivo** al concorrente che abbia presentato il miglior progetto preliminare purché tale facoltà sia prevista dal bando di gara[415].

Il concorso di idee, generalmente configurato sotto il profilo giuridico come una "*offerta al pubblico in cui un'amministrazione si impegna a retribuire (premio) un progetto scelto dopo una procedura concorsuale*", è diretto ad ottenere una *"proposta ideativa"* che **relativamente ai soli lavori pubblici** dovrà rappresentare uno stadio dell'elaborazione progettuale prodromico al livello progettuale preliminare. Difatti l'art. 108, 3° comma del Codice prevede che nel bando per un concorso di idee non potranno essere richiesti elaborati di livello *"pari o superiore"* a quelli richiesti per il progetto preliminare. A questa tipologia concorsuale potranno concorrere oltre a tutti i soggetti che, secondo la legge, possono partecipare all'affidamento di incarichi di progettazione anche i dipendenti della pubblica amministrazione che siano abilitati ed iscritti all'ordine professionale di appartenenza fatta eccezione per quelli dell'amministrazioni aggiudicatrice. Ai sensi del 6° comma dell'art. 108 *"La stazione appaltante può affidare al vincitore del concorso di idee la realizzazione dei successivi livelli di progettazione, con procedura negoziata senza bando, a condizione che detta facoltà sia stata esplicitata nel bando, e che il soggetto sia in possesso dei requisiti di capacità tecnico professionale ed economica previsti nel bando in rapporto ai livelli progettuali da sviluppare"*.

9.4. I compensi professionali

Altra questione rilevante, trattata solo marginalmente dalla Direttiva 18/2004, è quella relativa alla legittimità delle tariffe ed in particolare all'obbligatorietà dei relativi minimi. In particolare il considerando (47) dispone testualmente che negli appalti pubblici di servizi, i criteri di aggiudicazione *"...non devono influire sull'applicazione delle disposizioni*

[415] In questo senso l'art. 109, 2° comma, del Codice dispone che: *"Il bando può altresì prevedere l'affidamento diretto dell'incarico relativo alla progettazione definitiva al soggetto che abbia presentato il migliore progetto preliminare"*.

nazionali relative alla remunerazione di taluni servizi, quali ad esempio le prestazioni degli architetti, degli ingeneri e degli avvocati……". Tale considerando trova, poi, una specificazione nell'art. 53, par. 1, della Direttiva 18/2004 relativa ai criteri di aggiudicazione dell'appalto secondo cui, nell'aggiudicare la gara, l'amministrazione dovrà fare salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici. In sintesi si tratta del riconoscimento della legittimità della determinazione tariffaria delle prestazioni dei professionisti - ivi compresa la fissazione dei relativi "*minimi*" - ove queste ultime siano state normativamente predeterminate dal legislatore nazionale.

Il riconoscimento della normativa europea, interviene nell'ambito di un dibattito dottrinario e giurisprudenziale ancora oggi non del tutto sopito in merito alla questione della compatibilità dei minimi tariffari con i principi del Trattato in generale e della libera concorrenza in particolare. Difatti la Corte di giustizia, mutando un suo precedente orientamento[416], ha precisato che: "*Gli artt. 10 e 81 del Trattato Ce non ostano all'adozione di uno stato membro di una misura legislativa o regolamentare che approvi sulla base di un progetto stabilito da un Ordine professionale, una tariffa che fissa dei minimi e dei massimi per gli onorari dei membri dell'Ordine, qualora tale misura statale sia adottato nell'ambito di un procedimento come quello previsto dal R.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578*"[417].

L'argomento posto a supporto di tale legittimità viene rinvenuta nella *ratio* specifica che informa la predeterminazione tariffaria, rinvenibile nell'esigenza di garantire che, nella scelta del professionista, si privilegi la "qualità" della prestazione professionale evitando che essa sia svilita da valutazioni e considerazioni di ordine meramente economico. Tale processo di maturazione è stato, tuttavia, bruscamente interrotto dalla Commissione europea la quale, mutando la prospettiva dell'analisi circa la legittimità dell'obbligatorietà delle tariffe minime, ne ha contestato la legittimità riguardo non più alla libera concorrenza in generale, ma ai principi della libera circolazione dei servizi e della libertà di stabilimento[418].

Per quanto concerne la normativa interna il legislatore italiano, soprattutto nella materia dei lavori pubblici, aveva ancora prima della

---

[416] Corte di Giustizia, sent. 18.06.1998, C-35/96.
[417] Corte di Giustizia Ce, sent. 19.02.2002, C-35/99 *M. Arduino*. Il R.d.l. n. 1578/1933 convertito nella legge n. 36, del 22.01.1934, disciplina la professione di avvocato in Italia.
[418] Si veda la procedura di messa in mora del 05/07/2005 C(2005) 2452 avverso al legge n. 143/1949.

Direttiva in parola garantito il rispetto dei minimi tariffari statuendone, già con la legge n. 415/98 - l'inderogabilità e sanzionando con la nullità gli eventuali patti in deroga[419]. La legittimità della norma ha, peraltro, trovato l'avallo della recente giurisprudenza secondo cui: *"I patti in deroga ai minimi della tariffa professionale sono nulli perché contrari a norma imperative sia per gli ingegneri che per gli architetti; nel caso in cui tale nullità sia riscontrata in una gara di appalto, può disporsi l'esclusione della relativa offerta, non occorrendo, in proposito neppure una espressa sanzione di esclusione nel bando, trattandosi di norme imperative e di stretta interpretazione"*[420].

La questione della legittimità degli atti normativi nazionali che predeterminano limiti minimi e massimi delle tariffe dei liberi professionisti è stata recentemente affrontata anche dalla Corte di Cassazione che, con sentenza 28 aprile 2004 n. 8135, richiamando la decisione della Corte di Giustizia delle comunità europee 19.2.2002 in causa C - 35/99, vincolante "ultra partes" ed "erga omnes", ha ritenuto conforme alle disposizioni del Trattato la disposizione interna che fissa il principio della normale inderogabilità dei minimi degli onorari dei professionisti[421].

Il Codice conferma l'impostazione della Legge 109/1994 in quanto l'art. 92, 4° comma, rievoca nuovamente sia l'inderogabilità dei minimi tariffari, che la nullità dei patti eventualmente derogatori.

Il sistema tariffario relativo al pagamento degli incarichi di progettazione è ancora oggi ancorato alla Legge 2.3.1949, n. 143 oggetto, nel tempo, di varie modificazioni e/o integrazioni.

Fra queste, di particolare valore è quella apportata dall'articolo unico della Legge 4.3.1958, n. 143 recante *"norme sulla tariffa degli ingegneri e*

---

[419] In questi termini l'art. 17, comma 14-quater della legge n. 109/1994, come appunto modificata dalla Legge n. 415/98, secondo cui: *"I corrispettivi determinati dal decreto di cui al comma 14-bis nonché ai sensi del comma 14-ter del presente articolo, fatto salvo quanto previsto dal comma 12-bis dell'articolo 4 del decreto legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155, sono minimi inderogabili ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340. Ogni patto contrario è nullo".*

[420] Si tratta di giurisprudenza oramai costante. In questi termini v. Cons. St., Sez. V, Sent. 12.10.2004, n. 6572; TAR Piemonte, I, 4.6.2003, n. 836; Cass. , II, 28.06.2000, n. 8787.

[421] In tal senso anche Cass. 7.3.2003 n. 3432; Cass. 15.7.2003 n. 11031; T.A.R. Sardegna, sez. I, 14/12/2004 n. 1909 in www.appaltiecontratti.it

degli architetti", il quale ultimo ha previsto, da un lato che le tariffe per le prestazioni professionali di ingegneri ed architetti venissero fissate dal Ministro della Giustizia (allora Ministro di Grazia e Giustizia) e dall'altro ha introdotto[422] la nozione di "inderogabilità dei minimi tariffari" stabilendo che: *"I minimi di tariffa per gli onorari a vacazione, a percentuale ed a quantità, fissati dalla legge 2 marzo 1949, n. 143, o stabiliti secondo il disposto della presente legge, sono inderogabili…."*.

L'articolo 6, 1° comma della Legge 1.7.1977, n. 404, interpretando autenticamente il citato art. unico della Legge n. 143/1958, precisava che: *"L'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340, deve intendersi applicabile esclusivamente ai rapporti intercorrenti tra privati"*. Del disposto della citata norma intepretativa ha, ovviamente preso atto la giurisprudenza che prevalentemente limita l'applicazione della norma sulla inderogabilità dei minimi tariffari ai soli rapporti fra soggetti privati nell'ambito dei quali non sarebbero riconducibili i rapporti fra ente pubblico ed un professionista affidatario dell'incarico di progettazione, sebbene, in senso inverso, deponga un orientamento minoritario secondo il quale nell'ambito di un rapporto fra un ingegnere ed un ente pubblico territoriale quest'ultimo quando *"…si sia avvalso del professionista esterno per la redazione del progetto di un'opera pubblica agisce nella veste di soggetto privato*".

Non mancano, tuttavia, voci discordanti in merito alla portata oggettiva del principio di inderogabilità dei minimi tariffari; è stato difatti affermato che, al di fuori dei casi in cui il professionista intenda rendere la propria prestazione gratuitamente - quali che siano i motivi che lo inducano a fare ciò - "*la pattuizione di compensi inferiori ai minimi tariffari è invalida ferma restando, poi, la necessità di individuare la sanzione connessa a tale invalidità, ossia se di ordine civilistico - ed in questo caso se nullità o annullabilità - ovvero di ordine esclusivamente disciplinare*".

Successivamente l'art. 4, comma 12 - bis, della Legge n. 155, del 1989, di conversione del D.L. 2.3.1989, n. 65 , ha ulteriormente modificato il quadro normativo di riferimento limitando la soglia di ribasso percentuale praticabile per le prestazioni eseguite dal professionista in favore dello Stato. In particolare la norma prevede che: *"Per le prestazioni rese dai professionisti allo Stato e agli altri enti pubblici relativamente alla*

[422] Nel secondo comma introdotto dalla Legge 5.5.1976, n. 340.

realizzazione di opere pubbliche o comunque di interesse pubblico, il cui onere è in tutto o in parte a carico dello Stato e degli altri enti pubblici, la riduzione dei minimi di tariffa non può superare il 20 per cento".

La norma, intrinsecamente collegata alla legge n. 143/1958, risponde alla *ratio* di garantire la pubblica amministrazione restringendo il margine di autonomia dei professionisti, dato che la sua introduzione è posta a tutela dell'interesse pubblico a che le prestazioni professionali riguardanti un'opera pubblica siano rese con sicura competenza e diano adeguate garanzie di serietà e di affidabilità. Tuttavia, ciò che fin d'ora occorre rimarcare è la sostanziale dicotomia normativa per la remuneratività degli incarichi di progettazione espletati nei confronti di soggetti privati, per i quali il principio dell'inderogabilità dei minimi tariffari è depotenziato, mancando qualsiasi sanzione di riferimento e quella afferente, invece, gli incarichi nei confronti dei soggetti pubblici per i quali, stante la legge n. 155/89, non sussistono minimi tariffari attesa la loro ribassabilità seppur nei limiti del 20%.

In seguito la Legge quadro in materia di lavori pubblici (legge 11 febbraio 1994, n. 109, più volte integrata) interviene nuovamente sulla questione delle tariffe dettando, con l'art. 17, un regime speciale. In particolare il comma 12-ter demandava al Ministro della giustizia la determinazione, di concerto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, delle tabelle dei corrispettivi per le attività di progettazione e direzione lavori, e prevedeva che tali compensi fossero considerati minimi inderogabili, richiamando l'ultimo comma dell'articolo unico della citata legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dalla legge 5 maggio 1976, n. 340, e sancendo la nullità dei patti contrari alla disposizione, ma sempre fatto salvo quanto previsto dalla Legge n. 155/89 di conversione del D.L. n. 65/89. In sostanza, nel caso dei lavori pubblici, pur in presenza dell'esplicito riferimento alla nozione di "minimo inderogabile", quest'ultimo non è certamente il minimo di cui alla Legge n. 143/49, ma il minimo del DM 2001 eventualmente ribassato liberamente fino al limite massimo (e non minimo) del 20%.

Le tariffe, relative alle prestazioni professionali previste dal citato art. 17 della Legge n. 109/1994, sono state dettate dal D.M. del 4.4.2001 il quale, però, fu successivamente annullato dal TAR del Lazio – Roma, con

la sentenza della sezione prima del 23 luglio 2002, n. 6552[423], per motivi afferenti vizi relativi al procedimento di formazione ed in particolare relativi all'omessa partecipazione dei soggetti interessati al procedimento. Sennonché, in costanza del predetto annullamento, è intervenuto l'art. 7, comma 1 della legge 1 agosto 2002, n. 166, con il quale il legislatore ha inteso fare salva l'applicazione delle tariffe previste dal d.m. 4.4.2001 operando un rinvio recettizio al relativo regolamento; la giurisprudenza ha ritenuto comunque applicabile il DM 2001 *rebus sic stantibus*, pur criticando la legittimità costituzionale della Legge n. 166/2002 per l'operazione di legificazione posta in essere[424].

In estrema sintesi alla luce delle modifiche così intervenute è possibile riscontrare una dicotomia in merito al regime tariffario generale e quello speciale relativo ai soli lavori pubblici, regolamentato dalla Legge n. 109/1994 e dal D.M. del 2001 ed informato ai principi:

1) della "*inderogabilità relativa*" – e dunque della derogabilità - dei minimi tariffari anche ai rapporti fra ente pubblico e professionista privato; inderogabilità relativa in quanto temperata dalla previsione di cui alla Legge n. 155/89 che legittima un ribasso pari al massimo al 20%;

2) della nullità dei patti in deroga alla predetta soglia tariffaria;

3) della non condizionabilità della prestazione relativa al pagamento del prezzo.

La novella del Codice, abrogando l'art. 17 della Legge quadro ha conseguentemente abrogato – fermo restando quanto si dirà in riferimento alla disciplina transitoria - anche il D.M. del 2001 che "viveva" in virtù

---

[423] In www.giustizia-amministrativa.it.

[424] Il Cons. St., SEZ. VI - ordinanza 22 settembre 2004 n. 6185; ha precisato che: *"Ha carattere recettizio il rinvio dell'art. 17, comma 12 ter, della legge n. 109/1994, come introdotto dalla L. 1 agosto 2002, n. 166, al D.M. 4 aprile 2001, con conseguente legificazione della fonte originariamente secondaria e sua insensibilità alle vicende giudiziarie che hanno interessato la disciplina regolamentare . Per effetto di tale rinvio, ai compensi dovuti ai professionisti tecnici per l'espletamento di incarichi professionali relativi ad opere pubbliche va applicata la tariffa del d.m. 4.4.2001, piuttosto che quella di cui alla legge n. 143/1949". id* Ordinanza 7.10.2003 n. 4399. Negli stessi termini TAR VENETO SEZ. I - sentenza 9 maggio 2003, n. 2651; tuttavia *contra* Autorita' Per La Vigilanza Sui Lavori Pubblici - Determinazione 16 ottobre 2002 n. 27; *id.* - Determinazione 13 novembre 2002 n. 30. La questione è stata definitivamente risolta dall'Ordinanza 30 ottobre 2006, n. 352 della Corte Costituzionale che ha sancito l'applicabilità del D.M. 4 aprile 2001.

della legificazione in esso contenuta; tuttavia non ha intaccato i capisaldi della pregressa disciplina. Difatti l'art. 92, 2° comma demanda al Ministro della Giustizia, di concerto con quello delle infrastrutture la determinazione delle tabelle dei corrispettivi per la remunerazione delle prestazioni delle attività di cui al comma 1 dell'art. 90 e precisando esplicitamente che: *"I corrispettivi sono minimi inderogabili ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340. Ogni patto contrario e' nullo"*. Precisa, poi, il 3° comma della medesima disposizione normativa che con il medesimo Decreto ministeriale sono ripartite, ai fini della determinazione dell'importo da porre a base di gara, in tre aliquote percentuali la somma delle aliquote attualmente in vigore, nonché sono rideterminate le tabelle dei corrispettivi a percentuale relative alle diverse categorie di lavori anche in relazione ai nuovi oneri finanziari assicurativi, e la percentuale per il pagamento dei corrispettivi per le attività di supporto di cui all'articolo 10, comma 7 nonché le attività del responsabile di progetto e le attività dei coordinatori in materia di sicurezza introdotti dal decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494. Anche per tali corrispettivi è prevista una inderogabilità relativa delle tariffe, ossia una loro derogabilità limitata, ai sensi della legge n. 155/89 espressamente fatta salva dal 4° comma, dell'art. 92.

In sintesi l'emanando decreto ministeriale sarà chiamato a determinare:

1) le tabelle dei corrispettivi delle attività "*tecniche*" di cui all'art. 90 del Codice;

2) la ripartizione delle vigenti aliquote percentuali in tre categorie di aliquote al fine della determinazione dell'importo posto a base di gara;

3) le tabelle dei corrispettivi a percentuale relativi alle diverse categorie di lavori.

In tutti i casi citati *"i corrispettivi determinati..... fatto salvo quanto previsto dal comma 12-bis dell'articolo 4 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155, sono minimi inderogabili ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340. Ogni patto contrario e' nullo"*.

Medio tempore, ossia fino all'approvazione del citato D.M., l'art. 253, comma 17 del Codice prevede che continui ad applicarsi quanto previsto dal D.M. del 4.4.2001 pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 96, del 26.04.2001.

La scelta del Codice è stata, però, poco dopo contraddetta dal D.L. 4 luglio 2006, n. 223 (in G.U. n. 153 del 4 luglio 2006), convertito dalla Legge 4 agosto 2006, n. 248 (in G.U. n. 186 dell'11 agosto 2006 - Suppl. Ord. n. 183) recante: *«Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale»*.

L'art. 2 del D.L. 223/2006, in ossequio ai principi della tutela della concorrenza e della libera circolazione di servizi e persone, disponeva l'abrogazione delle disposizioni legislative e regolamentari che prevedevano con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali "**la fissazione**" di tariffe obbligatorie fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti.

Non è certo questa la sede per soffermarsi sulla natura sostanzialmente trasversale degli ambiti di intervento rimessi in via esclusiva al legislatore statale ai sensi dell'art. 117 2° comma della Costituzione, tuttavia è doveroso considerare che alcuni dei principi affermati dal Decreto incidono direttamente anche su alcune delle materie rimesse alla potestà legislativa concorrente Stato – Regioni come avviene ad esempio per le professioni.

Per queste ultime la situazione è, a dire il vero, aggravata dalla vigenza del D.Lgs. n. 30/2006 di ricognizione dei principi fondamentali della stessa ai sensi e per gli effetti dell'art. 1 della Legge n. 131/2003[425].

---

[425] In particolare il 4° comma, dell'art. 1 citato dispone che: *"In sede di prima applicazione, per orientare l'iniziativa legislativa dello Stato e delle Regioni fino all'entrata in vigore delle leggi con le quali il Parlamento definirà i nuovi principi fondamentali, il Governo è delegato ad adottare, entro tre anni dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri di concerto con i Ministri interessati, uno o più decreti legislativi meramente ricognitivi dei principi fondamentali che si traggono dalle leggi vigenti, nelle materie previste dall'articolo 117, terzo comma, della Costituzione, attenendosi ai principi della esclusività, adeguatezza, chiarezza, proporzionalità ed omogeneità. Gli schemi dei decreti, dopo l'acquisizione del parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, di seguito denominata: "Conferenza Stato-Regioni", sono trasmessi alle Camere per l'acquisizione del parere da parte delle competenti Commissioni parlamentari, compreso quello della Commissione parlamentare per le questioni regionali, da rendersi entro sessanta giorni dall'assegnazione alle Commissioni medesime. Acquisiti tali pareri, il Governo ritrasmette i testi, con le proprie osservazioni e con le eventuali modificazioni, alla Conferenza Stato-Regioni ed alle*

Con particolare riferimento alla materie delle professioni l'art. 3 del D.Lgs. n. 30/2006 dispone che: *"L'esercizio della professione si svolge nel rispetto della disciplina statale della tutela della concorrenza, ivi compresa quella delle deroghe consentite dal diritto comunitario a tutela di interessi pubblici costituzionalmente garantiti o per ragioni imperative di interesse generale, della riserva di attività professionale, delle tariffe e dei corrispettivi professionali, nonché della pubblicità professionale"*.

È indiscutibile che in materia di tariffe, pubblicità e riserve di attività professionali – per dirla sinteticamente, in materia di "*regolamentazione*" dell'attività professionale – il D.Lgs. n. 30/2006 faccia riferimento ad un quadro normativo anteriore al D.L. n. 223/2006 con il quale ultimo, pertanto, si pone in una chiara situazione di conflittualità.

Anche a voler ritenere che il D.L. n. 223/2006 intervenga a modificare – così come in effetti modifica - la normativa statale in materia di tariffe, riserva ed organizzazione dell'attività professionale, e considerando che le Regioni potrebbero intervenire nel rispetto della normativa statale, il Governo non sembra avere attentamente ponderato la particolare efficacia normativa, che nel contesto gerarchico delle fonti, rivestono i Decreti legislativi ricognitivi *ex lege n. 131/2003*. Questi ultimi, infatti, sono soggetti ad un procedura rinforzata che, proiettata sul rapporto fra fonti normative, conferisce loro una particolare efficacia.

Per questo, a voler per quanto possibile semplificare, i Decreti ricognitivi non possono essere abrogati da un D.Lgs. qualsiasi, purché temporalmente successivo, ma solamente da un D.Lgs. approvato con il medesimo procedimento rinforzato di cui all'art. 1, 4° comma, della Legge n. 131/2003 ovvero dall'entrata in vigore di leggi con le quali il Parlamento definisca i nuovi principi fondamentali.

Camere per il parere definitivo, da rendersi, rispettivamente, entro trenta e sessanta giorni dalla trasmissione dei testi medesimi. Il parere parlamentare definitivo è reso dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali. Gli schemi di decreto legislativo sono esaminati rilevando se in essi non siano indicati alcuni dei principi fondamentali ovvero se vi siano disposizioni che abbiano un contenuto innovativo dei principi fondamentali, e non meramente ricognitivo ai sensi del presente comma, ovvero si riferiscano a norme vigenti che non abbiano la natura di principio fondamentale. In tal caso il Governo può omettere quelle disposizioni dal decreto legislativo, oppure le può modificare in conformità alle indicazioni contenute nel parere o, altrimenti, deve trasmettere ai Presidenti delle Camere e al Presidente della Commissione parlamentare per le questioni regionali una relazione nella quale sono indicate le specifiche motivazioni di difformità dal parere parlamentare e indicando in ciascun decreto, gli ambiti normativi che non vi sono compresi".

Il D.L. n. 223/2006, dunque, quanto meno per ciò che concerne la materia delle professioni ed in particolare dei regimi tariffari limitatamente al periodo della sua vigenza non può ritenersi produttivo di effetti in quanto:

a) pur intervenendo in ambiti settoriali di esclusiva competenza statale (concorrenza, ordinamento civile e tutela dei livelli essenziali) esso interferisce con la materia delle professioni rimessa alla potestà legislativa concorrente e disciplinata dal Decreto legislativo 30/2006 ricognitivo dei principi fondamentali in materia, ai sensi della Legge n. 131/2003 con il quale ultima si pone evidentemente in contrasto;

b) il D.L. n. 223/2006 non è una legge del Parlamento modificativa dei principi fondamentali;

c) il D.L. non è un D. Lgs. rinforzato ai sensi dell'art. 1, 4° comma, della Legge n. 131/2003;

d) l'inciso del 4° comma, dell'art. 1 della Legge n. 131/2003, nel fare riferimento ad una legge del Parlamento, lascia aperto il dubbio che a tal fine (ossia al fine di caducare gli effetti del D.Lgs. n. 30/2006) possa essere sufficiente anche una legge di conversione di un Decreto legge.

Si può quindi ragionevolmente concludere che nel periodo di vigenza del D.L. 223/2006 esso non abbia determinato alcun effetto abrogativo rispetto alle disposizioni ed ai regolamenti che dispongono la fissazione di tariffe obbligatorie fisse o minime con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali.

La legge n. 248 del 4.8.2006, con la quale è stato convertito il D.L. n. 223/2006, ha modificato quanto disposto sulla materia tariffaria dal Decreto legge facendo venir meno, con il novellato art. 2, non più le disposizioni che prevedono "*la fissazione di tariffe obbligatorie fisse o minime"* bensì quelle che prevedono "*l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime*".

Pur permanendo il dubbio se al fine di caducare gli effetti del D.Lgs. n. 30/2006 possa essere sufficiente anche una legge di conversione di un Decreto legge qual è la legge 248/2006, i suoi effetti sono comunque

differenti a seconda che le prestazioni degli ingegneri siano erogate a soggetti privati o soggetti pubblici.

L'abrogazione disposta dall'art. 2 comma 1 let. a) della legge n. 248/2006 spiega infatti sicura efficacia in relazione disposizione dell'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340 che ha aggiunto un comma all'articolo unico della legge n. 143/1958, secondo cui "*i minimi di tariffa per gli onorari a vacazione, a percentuale ed a quantità, fissati falla legge 2 marzo 1949, n 143, o stabiliti secondo il disposto della presente legge, sono inderogabili. L'inderogabilità non si applica agli onorari a discrezione per le prestazioni di cui all'articolo 5 del testo unico approvato con la citata legge 2 marzo 1949, n. 143*".

A partire dal 12 agosto 2006 (giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della legge n. 248/2006) quindi gli ingegneri possono contrattare liberamente i propri compensi con i committenti privati, senza obbligatoriamente fare riferimento a quanto disposto attualmente dal D.M. 11 giugno 1987, n. 233. Resta peraltro l'obbligo per gli ingegneri di rispettare quanto disposto dall'art. 2233 del Codice civile, il quale statuisce che "*in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione*".

Per quanto riguarda le prestazioni erogate dagli ingegneri alla pubblica amministrazione, l'art. 2 comma 1 let. a) della legge n.248/2006 va ad incidere sull'art. 92 del Codice non tanto nella parte in cui questi sancisce l'inderogabilità delle tariffe di cui all'emanando D.M. (ovvero del D.M. del 4.4.2001)[426], ma nella parte in cui impone alle stazioni appaltante di applicare obbligatoriamente tali tariffe per la determinazione della soglia di valore del contratto e del corrispettivo spettante ai professionisti incaricati[427].

Con le modifiche apportate dalla Legge n. 248/2006 i profili della determinazione della soglia di valore degli appalti di progettazione e della

---

[426] Art. 92, 4° comma del Codice secondo il quale: *"I corrispettivi determinati ai sensi del comma 3, fatto salvo quanto previsto dal comma 12-bis dell'articolo 4 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155, sono minimi inderogabili ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340. Ogni patto contrario e' nullo"*.

[427] Tanto è vero ciò che per la determinazione delle soglie di valore l'art. 2 della legge n. 248/2006 prevede che: "*Nelle procedure ad evidenza pubblica, le stazioni appaltanti possono utilizzare le tariffe, ove motivatamente ritenute adeguate, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dei compensi per attività professionali"*.

determinazione dei relativi corrispettivi sono rimessi all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, la quale potrà optare fra una libera determinazione degli stessi e l'applicazione della disciplina di cui al D.M. del 4.4.2001 e dei D.M. che lo sostituiranno ai sensi dell'art. 92, 3° comma del Codice. Lo stesso comma 2 dell'art. 2, del la legge di conversione 4 agosto 2006, n. 248 stabilisce infatti che "(…) *Nelle procedure ad evidenza pubblica, le stazioni appaltanti possono utilizzare le tariffe, ove motivatamente ritenute adeguate, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dei compensi per attività professionali"*.

Qualora la stazione opti per l'applicazione della disciplina di cui al D.M. del 4.4.2001, tale applicazione dovrà essere integrale anche per quanto concerne l'elemento della inderogabilità (relativa) dei minimi tariffari; d'altra parte ciò che la Legge n. 248/2006 abroga sono le disposizioni che rendono **obbligatorio** il ricorso alle disposizioni tariffarie, ma non anche **l'inderogabilità** delle stesse (una volta che la stazione appaltante abbia determinato liberamente di applicarle).

Il particolare regime tariffario vigente nel settore dei lavori pubblici sembra però dover sostanzialmente sopravvivere anche dopo la novella determinata dalla Legge n. 248/2006. Come visto, infatti, le tariffe previste dalla legge 109/1994 e dal Codice sono definite "*minimi inderogabili*", ma nel contempo si lascia al professionista la libertà di presentare offerte inferiori a tali "*minimi*" fino ad un massimo del 20% dell'importo posto a base di gara. In realtà, lungi dal determinare una "obbligatorietà" nell'applicazione di definiti compensi tariffari, il quadro normativo statuito dal legislatore nel settore dei lavori pubblici definisce una fascia di compenso, compresa tra i corrispettivi determinati dal D.M. del 4.4.2001 ed uno sconto massimo praticabile del 20%, entro la quale ciascun professionista può determinare la propria offerta. La *ratio* della statuizione di tale limite allo sconto praticabile rispetto ai minimi tariffari (statuito dall'art. 4, comma 12 *bis* del d.l. 4 marzo 1989, n. 65, convertito in legge 26 aprile 1989, n. 155 e richiamato dalla stessa legge 109/94 e dal Codice recentemente emanato) è quello di preservare la qualità delle opere pubbliche nonché l'efficacia e l'efficienza dell'azione pubblica.

Tale previsione non è intaccata dalla novella determinata dalla Legge 248/2006 che infatti determina l'abrogazione delle disposizioni che prevedono "*l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime*" ma non di quelle come l'art. 4, comma 12 *bis* del d.l. 4 marzo 1989, n. 65, convertito in

legge 26 aprile 1989, n. 155 che pongono un limite allo sconto praticabile dai professionisti rispetto alle suddette tariffe.

Quanto detto trova avallo nella previsione normativa di cui all'art. 53, 3° comma del Codice secondo cui, nel caso di appalto di progettazione ed esecuzione *"...l'ammontare delle spese di progettazione esecutiva non è soggetto a ribasso d'asta"*[428]. Tale disposizione conferma come gli importi relativi agli incarichi di progettazione nella materia dei lavori pubblici siano generalmente soggetti a ribasso d'asta (fino ad un massimo del 20%) ed in quanto tali essi non possano inquadrarsi come minimi obbligatori.

La disposizione di cui all'art. 53 si inquadra nell'ambito della "nuova" regolamentazione dell'istituto dell'appalto-integrato il cui ambito oggettivo d'operatività, all'origine ristretto e speciale, è stato generalizzato dal D.Lgs. 163/2006. In particolare il contratto in esame presenta un oggetto composito caratterizzato da una prestazione di servizi intellettuali (progettazione definitiva e/o esecutiva) ed una di esecuzione dei lavori corrispondenti. La prestazione di servizi intellettuali, del tutto analoga a quella di cui agli incarichi di progettazione, dovrebbe essere assoggettata alla medesima regolamentazione di cui agli artt. 92 ss. del Codice. In realtà, dalla lettura in combinato dei citati artt. 92 e 53, è agevole rendersi conto della disomogeneità delle previsioni statuite nei due casi. D'altronde se l'art. 92 non consentisse la ribassabilità dei minimi tariffari, statuire nell'art. 53 che la remunerazione della progettazione negli appalti integrati non è soggetta a ribasso alcuno sarebbe una specificazione del tutto pleonastica. In realtà, come si diceva sopra, pur essendo le prestazioni in questione analoghe (in entrambi i casi si tratta di servizi di progettazione), il Codice non le disciplina analogamente, quanto meno per quanto concerne il profilo dei corrispettivi. Pur prescindendo in questa sede dalla *ratio* di tale diversificazione, essa conferma che i minimi di cui all'art. 92 del Codice sono ribassabili fino ad un massimo del 20%.

In conclusione, a partire dal 12 agosto 2006 (giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della legge n. 248/2006), le stazioni appaltanti potranno definire i compensi degli ingegneri non ricorrendo obbligatoriamente l'applicazione della disciplina di cui al D.M. del 4.4.2001 e dei D.M. che lo sostituiranno ai sensi dell'art. 92, 3° comma del

---

[428] L'efficacia della disposizione di cui all'art. 53, 3° comma del Codice è stata sospesa dalla Legge n. 228/2006; resta però vigente quanto disposto dall'art. 19 della legge 109/94, di identico contenuto rispetto all'art. 53 sospeso.

Codice; in ogni caso, comunque tali compensi potranno essere ribassati fino ad un massimo del 20%, stante la vigenza di quanto statuito dal a quanto definito l'art. 4, comma 12 *bis* del d.l. 4 marzo 1989, n. 65, convertito in legge 26 aprile 1989, n. 155.

9.5. Gli incentivi

Il 5° comma dell'art. 92 del Codice ripropone il disposto dell'art. 18 della Legge n. 109/1994 incrementando la percentuale dell'incentivo nella misura massima del 2% (dall'1,5%) dell'importo posto a base di gara di un'opera e/o di un lavoro[429]. Chiarendo una diatriba sorta nel previgente sistema, il Codice precisa espressamente che l'incentivo è da ritenersi al lordo degli oneri previdenziali ed assistenziali a carico dell'amministrazione[430]. Il pubblico dipendente, pertanto, anche se iscritto all'Ordine professionale, non può pretendere il pagamento di alcuna parcella per l'attività tecnica svolta nell'ambito dell'amministrazione di competenza, trovando il suo operato remunerazione, oltre che nello stipendio, nella partecipazione al riparto del premio incentivante di cui all'art. 18; premio incentivante che va comunque accantonato anche se le attività di progettazione e quelle ad essa equiparate sono svolte da soggetti esterni all'amministrazione stessa, atteso che al riparto partecipa comunque anche il responsabile del procedimento che è necessariamente un dipendente della pubblica amministrazione.

---

[429] In particolare precisa l'art. 92, 5° comma, del Codice che: *"A valere sugli stanziamenti iscritti nei capitoli delle categorie X e XI del bilancio dello Stato, le amministrazioni competenti destinano una quota complessiva non superiore al dieci per cento del totale degli stanziamenti stessi alle spese necessarie alla stesura dei progetti preliminari, nonché dei progetti definitivi ed esecutivi, incluse indagini geologiche e geognostiche, studi di impatto ambientale od altre rilevazioni, alla stesura dei piani di sicurezza e di coordinamento e dei piani generali di sicurezza quando previsti ai sensi del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, e agli studi per il finanziamento dei progetti, nonché all'aggiornamento e adeguamento alla normativa sopravvenuta dei progetti già esistenti d'intervento di cui sia riscontrato il perdurare dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera. Analoghi criteri adottano per i propri bilanci le regioni e le province autonome, qualora non vi abbiano già provveduto, nonché i comuni e le province e i loro consorzi. Per le opere finanziate dai comuni, province e loro consorzi e dalle regioni attraverso il ricorso al credito, l'istituto mutuante e' autorizzato a finanziare anche quote relative alle spese di cui al presente articolo, sia pure anticipate dall'ente mutuatario".*

[430] Incremento, peraltro, già disposto, ma per i soli enti locali, dal comma 29 dell'art. 3, L. 24 dicembre 2003, n. 350 che così disponeva: *«I compensi che gli enti locali, ai sensi dell'articolo 18 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, ripartiscono, a titolo di incentivo alla progettazione, nella misura non superiore al 2 per cento dell'importo a base di gara di un'opera o di un lavoro, si intendono al lordo di tutti gli oneri accessori connessi alle erogazioni, ivi compresa la quota di oneri accessori a carico degli enti stessi».*

L'operatività della norma è, in verità, condizionata alla previa determinazione dei criteri di ripartizione dell'incentivo in sede di contrattazione decentrata, nonché alla loro assunzione in uno specifico regolamento adottato dall'ente di appartenenza[431]; tali criteri dovranno comunque essere rapportati:

a) all'entità ed alla complessità dell'opera d realizzare;

b) alle responsabilità professionali connesse alle specifiche prestazioni da svolgere[432].

I dipendenti beneficiari sono indicati tassativamente dalla norma nel responsabile del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché i loro collaboratori.

Per quanto concerne la redazione di un atto di pianificazione l'art. 92, 6° comma, del Codice precisa che: *"Il trenta per cento della tariffa professionale relativa alla redazione di un atto di pianificazione comunque denominato e' ripartito, con le modalità e i criteri previsti nel regolamento tra i dipendenti dell'amministrazione aggiudicatrice che lo abbiano redatto"*. Si noti che, in quest'ultimo caso, fra i beneficiari della ripartizione dell'incentivo non è compreso il responsabile del procedimento.

9.6. La verifica della progettazione

Fra i principi ispiratori della riforma dei lavori pubblici di cui alla Legge n. 109 del febbraio 1994, ripresi dal D.Lgs. n. 163/2006 rientra sicuramente quello della qualità dei lavori e delle opere pubbliche[433]. La

---

[431] In questi termini anche l'art. 18 della Legge n. 109/1994 e le sue successive modificazioni.

[432] Sulla rilevanza delle prestazioni professionali per il riparto dell'incentivo si veda: Autorità Vigilanza sui ll.pp. che nella Deliberazione n. 31 del 17/02/2004 in www.autoritàvigilanzallpp.it ha precisato che: *"La disposizione del pagamento dell'intero incentivo, pari all'1,5% dei lavori da eseguire, al solo responsabile del procedimento, mentre parte delle prestazioni professionali sono svolte da tecnici esterni, non è conforme all'art. 18 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., il quale prevede la ripartizione del fondo incentivante per la progettazione, con modalità e criteri stabiliti da un regolamento predisposto dall'Amministrazione, effettuata sulla base delle "responsabilità professionali connesse alle specifiche prestazioni da svolgere"*.

[433] Dispone l'art. 1, 1° comma della legge n. 109/1994 che: "*In attuazione dell'articolo 97 della Costituzione l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici deve garantirne la qualità ed uniformarsi a criteri di efficienza e di efficacia, secondo procedure improntate a tempestività,*

corretta esecuzione dell'attività di progettazione rappresentava, e tutt'oggi rappresenta, una indefettibile condizione per il raggiungimento di siffatto obiettivo; è possibile, difatti, riscontrare una sorta di compenetrazione quasi fisiologica fra la qualità della progettazione e la qualità dell'esecuzione dell'opera in quanto, essendo la progettazione un'attività (probabilmente quella più importante) non solo prodromica ma condizionante l'esecuzione dei lavori, i suoi pregi e difetti si ripercuotono sulla futura esecuzione dei lavori. Il precetto sul quale si fondava la legge 109/1994 era che una progettazione "di qualità" garantisce, se non in termini di certezza quanto meno in termini probabilistici, una opera "di qualità".

L'art. 30, 6° comma, della Legge n. 109/1994, come modificato dall'art. 7, 1° comma, lett. t) della legge n. 166 del Luglio del 2002, prevedeva che: "*Prima di iniziare le procedure per l'affidamento dei lavori, le stazioni appaltanti devono verificare, nei termini e con le modalità stabiliti dal regolamento, la rispondenza degli elaborati progettuali ai documenti di cui all'articolo 16, commi 1 e 2, e la loro conformità alla normativa vigente. Gli oneri derivanti dall'accertamento della rispondenza agli elaborati progettuali sono ricompresi nelle risorse stanziate per la realizzazione delle opere. Con apposito regolamento, adottato ai sensi dell'articolo 3, il Governo regola le modalità di verifica dei progetti, attenendosi ai seguenti criteri:*

- *per i lavori di importo superiore a 20 milioni di euro, la verifica deve essere effettuata da organismi di controllo accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN 45004;*
- *per i lavori di importo inferiore a 20 milioni di euro, la verifica può essere effettuata dagli uffici tecnici delle predette stazioni appaltanti ove il progetto sia stato redatto da progettisti esterni o le stesse stazioni appaltanti dispongano di un sistema interno di controllo di qualità, ovvero da altri soggetti autorizzati secondo i criteri stabiliti dal regolamento;*

---

trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori". A sua volta l'art. 2, 1° comma, del D.Lgs. n. 163/2006 precisa che: "*L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente Codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente Codice"*.

- *in ogni caso, il soggetto che effettua la verifica del progetto deve essere munito di una polizza indennitaria civile per danni a terzi per i rischi derivanti dallo svolgimento dell'attività di propria competenza".*

Prevedeva, inoltre il comma 6-bis del citato art. 30 - introdotto dall'art. 7, 1° comma , lett. t), n. 2 della Legge n. 166/2002 che: *"Sino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 6, la verifica può essere effettuata dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti o dagli organismi di controllo di cui alla lettera a) del medesimo comma. Gli incarichi di verifica di ammontare inferiore alla soglia comunitaria possono essere affidati a soggetti di fiducia della stazione appaltante".*

La *ratio* delle citate previsioni si sostanzia nell'esigenza di una verifica (*lato sensu* intesa) dell'attività di progettazione, sì come articolata nei suoi tre livelli, che consenta di porre in relazione (e validare) la funzionalità dell'opera progettata rispetto alle esigenze della collettività, nonché la conformità della progettazione stessa alla normativa tecnica vigente, e questo, chiaramente, ancora prima che l'opera sia realizzata.

A sua volta il Regolamento generale dei lavori pubblici, approvato con D.P.R. n. 554 del 21 dicembre 1999, dava attuazione alla citata previsione della Legge disciplinando le due figure della *verifica* (art. 46) e della *validazione* (art. 47) progettuale; il controllo sulla progettazione definito dal summenzionato quadro normativo di riferimento presentava l'indiscutibile pregio - da preservare anche nella novella - di consentire il vaglio dell'idea progettuale nel suo divenire.

D'altra parte la necessità di un controllo sulla progettazione che non si limiti agli aspetti tecnici degli elaborati bensì si estenda alla loro funzionalità, intesa come capacità dell'opera progettata di soddisfare le esigenze che ne hanno determinato la programmazione, acquista una importanza fondamentale per il funzionamento dell'intero sistema tanto più alla luce delle modifiche intervenute sull'impianto originario della Legge n. 109 che ne hanno sostanzialmente minato alcuni dei suoi capisaldi ed in particolare il principio della separazione fra progettista ed esecutore dei lavori; l'estensione dell'ambito oggettivo di operatività dell'appalto integrato, nonché il divieto della concessione di committenza seppur limitatamente alle infrastrutture strategiche.

È circostanza nota che la verifica del progetto è stata, almeno fino ad oggi intesa come mero adempimento formale il cui espletamento, più che

funzionale a garantire la correttezza del progetto, andava esperito per conformarsi al vigente dettato normativo. Questa impostazione, chiaramente riduttiva dell'istituto ha trovato avallo anche in un determinato orientamento della giurisprudenza amministrativa che, "fra le righe", tende a sminuire l'incidenza degli adempimenti di cui agli artt. 47 e 48 del D.P.R. n. 554/99 affermando che: "*Il procedimento di validazione del progetto di opera pubblica ex artt.47 e 48 d.P.R. n. 554/99 è distinto e autonomo da quello di aggiudicazione dei lavori e la relativa omissione non è sufficiente di per sé ad invalidare il procedimento di gara, potendo ragionevolmente porsi rimedio procedendo ex post alla predetta verifica in contraddittorio con i progettisti, riservando l'intervento in sanatoria alla sola ipotesi che la stessa rilevi carenze progettuali tanto rilevanti da impedire la corretta esecuzione dell'opera progettata"*[434]. Per quanto di interesse è sufficiente rilevare che nella pronuncia in questione non solo l'omissione della verifica progettuale non è considerata condizione indefettibile per invalidare il procedimento di gara, ma ne viene fornita una interpretazione chiaramente riduttiva circoscrivendone l'operatività alle sole ipotesi di rilevanti carenze progettuale, nonché snaturata la funzione consentendone l'esperimento *ex post*. Si tratta di una interpretazione fuorviante che attenua l'incidenza della verifica progettuale.

Difatti l'art. 46 del predetto regolamento, ancora non formalmente abrogato ed anzi non ricompresso fra le norme abrogabili dall'art. 256 del Codice, dispone che: *"....i progetti preliminari sono sottoposti a cura del responsabile del procedimento ed alla presenza dei progettisti, ad una verifica in rapporto alla tipologia, alla categoria, all'entità e all'importanza dell'intervento".* Ancora più dettagliatamente il 2° comma, dell'art. 46 del D.P.R. n. 554/99 dispone: *"La verifica è finalizzata ad accertare la qualità concettuale, sociale, ecologica, ambientale ed economica della soluzione progettuale prescelta e la sua conformità alle specifiche disposizioni funzionali, prestazionali e tecniche contenute nel documento preliminare alla progettazione e tende all'obiettivo di ottimizzare la soluzione progettuale prescelta".* In sintesi la *verifica* della progettazione preliminare, sì come delineata dal regolamento generale, è un

---

[434] Così T.A.R. PUGLIA Bari, sez. I, sentenza del 23-04-2002, n. 2082 in *T.A.R.,* 2002, 7-8, 2622; negli stessi termini TAR Toscana sent. n. 2068/2002 in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina si veda Mascolini Andrea Bogazzi Dino *La validazione del progetto: problemi e prospettive* in Rivista amministrativa degli appalti, 2000, fasc. 3-4, pagg. 175-183; Marco Mari - Giancarlo Paganin *Validazione di progetto e certificazione di sistema*, Milano, 2002.

accertamento della congruità fra esigenze ed obiettivi da perseguire e la soluzione progettuale prescelta a tal fine; è evidente come tale accertamento possa essere efficacemente espletato solo nello stadio prodromico alla concreta realizzazione dell'opera.

In merito al contenuto di tale controllo il 3° comma, dell'art. 46 del Regolamento individua i seguenti punti fondamentali:

a) il controllo della coerenza esterna fra la soluzione progettuale prescelta ed il contesto socio economico ed ambientale in cui l'intervento si inserisce;

b) il controllo della coerenza interna tra gli elementi e componenti della soluzione progettuale prescelta e del rispetto dei criteri di progettazione indicati nel D.P.R. n. 554/1999[435];

c) la valutazione dell'efficacia della soluzione progettuale prescelta sotto il profilo della sua capacità di conseguire gli obiettivi attesi;

d) la valutazione dell'efficienza[436] della soluzione progettuale prescelta intesa come capacità di ottenere il risultato atteso minimizzando i costi di realizzazione, gestione e manutenzione.

La *verifica* era demandata al responsabile del procedimento che vi provvedeva direttamente in presenza dei progettisti[437] ovvero, nel caso di accertate carenza di adeguate professionalità, attraverso il supporto degli organismi di controllo di cui all'art. 30, 6° comma della Legge n. 109/94[438];

---

[435] L'art. 15, comma 1 del D.P.R. n. 554/1999 così statuisce: *"La progettazione ha come fine fondamentale la realizzazione di un intervento di qualità e tecnicamente valido, nel rispetto del miglior rapporto fra i benefici e i costi globali di costruzione, manutenzione e gestione. La progettazione è informata, tra l'altro, a principi di minimizzazione dell'impiego di risorse materiali non rinnovabili e di massimo riutilizzo delle risorse naturali impegnate dall'intervento e di massima manutenibilità, durabilità dei materiali e dei componenti, sostituibilità degli elementi, compatibilità dei materiali ed agevole controllabilità delle prestazioni dell'intervento nel tempo"*.

[436] I concetti di efficacia ed efficienza - secondo un prevalente orientamento dottrinario (R. Galli *Corso di diritto amministrativo*, Padova 2000) denotano la validità dell'azione amministrativa sotto un duplice distinto profilo: l'efficacia sotto il profilo del perseguimento degli obiettivi prefissi, l'efficienza, invece, sotto il profilo del rapporto fra spesa impiegata e conseguimento degli obiettivi prefissati.

[437] Art. 46, 1° comma ed art. 48, 1° comma, del D.P.R. n. 554/99.

[438] In merito si deve considerare che ai sensi della norma citata tali organismi di supporto sono solamente quelli accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 ovvero gli uffici tecnici della stazione appaltante. Orbene il D.D.L. collegato alla Finanziaria in corso di approvazione , all'art. 5 comma 1 lettera e) modifica il predetto art. 30, 6° comma, prevedendo

gli oneri previsti per tale verifica facevano carico agli stanziamenti previsti per la realizzazione dei singoli lavori[439].

Una breve notazione merita, poi, la circostanza che la *verifica* doveva avvenire in presenza dei progettisti in quanto l'inciso "*presenza*" denota un ruolo del progettista nella procedura sicuramente meno rilevante rispetto a quello previsto per la successiva *validazione;* in quest'ultima fase il legislatore aveva previsto, infatti, un contributo del progettista "*in contraddittorio*" con la controparte pubblica. Con i dovuti margini di elasticità, si può ritenere che con la previsione della semplice partecipazione del progettista in sede di *verifica*, il legislatore avesse inteso limitare il suo apporto alla fornitura di eventuali chiarimenti che all'uopo occorressero al responsabile del procedimento che avesse condotto l'accertamento; solo a quest'ultimo è demandata la valutazione della congruità del progetto presentato. Nella *verifica* del progetto preliminare non esisteva quindi un vero e proprio "dialogo" fra amministrazione procedente e progettista.

Altro adempimento essenziale connesso alla generale verifica del progetto era quello della validazione che ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. n. 554/99, è accertamento maggiormente afferente il profilo della tecnica progettuale essendo diretta a "*...verificare la conformità del progetto esecutivo*[440] *alla normativa vigente ed al documento preliminare la progettazione"*. In sostanza, superata la fase delle scelte socio economiche, l'attenzione dell'amministrazione nella persona del responsabile del procedimento si concentrava sulla verifica della qualità tecnica della progettazione espressa nel suo ultimo stadio, ossia a livello di progetto esecutivo.

La *validazione*, infatti, riguarda:

a) la corrispondenza dei nominativi dei progettisti a quelli titolari dell'affidamento e la sottoscrizione dei documenti per l'assunzione delle rispettive responsabilità;

espressamente che tali accertamenti possano essere svolti anche da professionisti privati in possesso dei requisiti di qualificazione individuati dalle stazioni appaltanti.

439 Art. 48, 3° comma, D.P.R. n. 554/99

440 In caso di appalto integrato la validazione aveva ad oggetto il progetto definitivo.

b) la completezza della documentazione relativa agli intervenuti accertamenti di fattibilità tecnica, amministrativa ed economica dell'intervento;

c) l'esistenza delle indagini, geologiche, geotecniche e, ove necessario, archeologiche nell'area di intervento e la congruenza dei risultati di tali indagini con le scelte progettuali;

d) la completezza, adeguatezza e chiarezza degli elaborati progettuali, grafici, descrittivi e tecnico-economici, previsti dal regolamento;

e) l'esistenza delle relazioni di calcolo delle strutture e degli impianti e la valutazione dell'idoneità dei criteri adottati;

f) l'esistenza dei computi metrico-estimativi e la verifica della corrispondenza agli elaborati grafici, descrittivi ed alle prescrizioni capitolari;

g) la rispondenza delle scelte progettuali alle esigenze di manutenzione e gestione;

h) l'effettuazione della valutazione di impatto ambientale, ovvero della verifica di esclusione dalle procedure, ove prescritte;

i) l'esistenza delle dichiarazioni in merito al rispetto delle prescrizioni normative, tecniche e legislative comunque applicabili al progetto;

l) l'acquisizione di tutte le approvazioni ed autorizzazioni di legge, necessarie ad assicurare l'immediata cantierabilità del progetto;

m) il coordinamento tra le prescrizioni del progetto e le clausole dello schema di contratto e del capitolato speciale d'appalto nonché la verifica della rispondenza di queste ai canoni della legalità.

Gli accertamenti dovranno essere condotti, in contraddittorio con il progettista, dal responsabile del procedimento che, quindi, diversamente da quanto avviene per la *verifica* del "preliminare", sarà tenuto a dialogare con i professionisti che hanno elaborato il progetto. Il sistema dei controlli ideato dal legislatore italiano, configurava, dunque, una verifica dinamica e su più piani della “qualità” della progettazione.

Tale sistema, come precedentemente detto, veniva messo in crisi dalle novella del 2002 la quale, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. t) n. 2) della

Legge 01.08.2002, n. 166, modificava il contenuto dell'art. 30, 6° comma della legge n. 109/1994 prevedendo, prima dell'avvio dei lavori, la necessità di operare una verifica circa la rispondenza degli elaborati progettuali ai documenti prescritti dalle norme di riferimento. Prevedeva, altresì, la regolamentazione della materia a mezzo di regolamento delegato ispirato ai seguenti principi fondamentali:

a) per i lavori di importo superiore a 20 milioni di euro, la verifica deve essere effettuata da organismi di controllo accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN 45004;

b) per i lavori di importo inferiore a 20 milioni di euro, la verifica può essere effettuata dagli uffici tecnici delle predette stazioni appaltanti ove il progetto sia stato redatto da progettisti esterni o le stesse stazioni appaltanti dispongano di un sistema interno di controllo di qualità, ovvero da altri soggetti autorizzati secondo i criteri stabiliti dal regolamento;

c) in ogni caso, il soggetto che effettua la verifica del progetto deve essere munito di una polizza indennitaria civile per danni a terzi per i rischi derivanti dallo svolgimento dell'attività di propria competenza.

Il successivo comma 6 – *bis* prevedeva transitoriamente, ossia fino all'entrata in vigore del regolamento, che *"la verifica può essere effettuata dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti o dagli organismi di controllo di cui alla lettera a) del medesimo comma. Gli incarichi di verifica di ammontare inferiore alla soglia comunitaria possono essere affidati a soggetti di fiducia della stazione appaltante"* .

Nel nuovo Codice l'attività di verifica è regolamentata dall'art. 112 che presenta poche novità di rilievo rispetto alla previgente normativa che possono essere inquadrate:

1) in una rideterminazione dei tempi di effettuazione della verifica ai sensi del 2° comma;

2) in una disciplina di rinvio per le verifiche delle progettazioni relative ai contratti aventi ad oggetto servizi e forniture;

3) in una particolare procedura di verifica in contraddittorio fra responsabile unico e progettisti per le opere di pregio architettonico.

Al pari di quanto previsto nell'ultima versione della legge quadro, l'obiettivo della verifica progettuale è quello di accertare la conformità degli elaborati progettuali ai documenti di cui all'art. 93, 1° e 2° comma del Codice ed alla normativa vigente. Anche in questo caso, dunque, fatte salve ulteriori specificazioni regolamentari, l'attività di verifica sconta una impostazione meramente formalistica che sembrerebbe circoscriversi esclusivamente all'accertamento di conformità con i documenti prescritti dalle norme citate.

Le modalità procedurali per l'espletamento dell'attività di verifica sono rinviate all'emanando regolamento con la conseguenza, oramai nota, della perdurante applicazione *medio tempore* delle prescrizioni recate dagli artt. 46 e 47 del DPR n. 554/99.

Rispetto all'art. 30 della Legge n. 109/1994 sono diversamente regolamentati i tempi prescritti per l'attuazione delle operazioni di verifica; essi difatti sono collegati al contenuto delle prestazioni dell'aggiudicatario ed in particolare:

> qualora tale prestazione concerna esclusivamente l'esecuzione dei lavori, la verifica dei progetti dovrà avere luogo prima dell'inizio delle procedure di affidamento;
>
> di contro, invece, qualora la prestazione abbia ad oggetto la progettazione (esecutiva ovvero definitiva ed esecutiva) e l'esecuzione dei lavori, la verifica sugli elaborati progettuali redatti dalla stazione appaltante (preliminare e definitivo nel primo caso e solo preliminare nel secondo) dovrà avvenire **prima dell'avvio delle procedure di affidamento** mentre la verifica degli elaborati redatti dall'operatore economico dovrà avvenire prima **dell'esecuzione dei lavori** .

Certo che, la scansione temporale descritta dal Codice perde di importanza alla luce della sospensione, operata dalla Legge n. 228/2006, dell'art. 53 del Codice relativo all'estensione dell'ambito oggettivo dell'istituto dell'appalto avente ad oggetto progettazione ed esecuzione.

I principi posti dall'art. 112 al regolamento delegato sono i seguenti:

a) per i lavori di importo pari o superiore a 20 milioni di euro, la verifica deve essere effettuata da organismi di controllo accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020;

b) per i lavori di importo inferiore a 20 milioni di euro, la verifica può essere effettuata dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti ove il progetto sia stato redatto da progettisti esterni o le stesse stazioni appaltanti dispongano di un sistema interno di controllo di qualità, ovvero da altri soggetti autorizzati secondo i criteri stabiliti dal regolamento;

c) in ogni caso, il soggetto che effettua la verifica del progetto deve essere munito di una polizza indennitaria civile per danni a terzi per i rischi derivanti dallo svolgimento dell'attività' di propria competenza.

Per quanto concerne, invece, i contratti di servizi e forniture il 6° comma della norma citata precisa che il regolamento disciplina modalità di verifica semplificate dei progetti eventualmente richiesti nei contratti relativi a servizi e forniture.

Da citare, infine, la norma transitoria di cui all'art. 253, 20° comma, del D.Lgs. n. 163/2006, che riproponendo la norma transitoria di cui al comma 6 *bis* dell'art. 30 della Legge n. 109/1994 precisa che: *"In relazione all'articolo 112, comma 5, sino all'entrata in vigore del regolamento, la verifica può essere effettuata dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti o degli organismi di cui alla lettera a) del citato art. 112. Gli incarichi di verifica di ammontare inferiore alla soglia comunitaria possono essere affidati a soggetti scelti nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza"*.

Giova, infine riscontrare la particolare procedura di verifica in contraddittorio fra responsabile del procedimento e progettisti, della progettazione di opere di particolare pregio architettonico prevista dal 3° comma a mente del quale: "*Nel caso di opere di particolare pregio architettonico, al fine di accertare l'unita' progettuale, il responsabile del procedimento, nei modi disciplinati dal regolamento, prima dell'approvazione del progetto e in contraddittorio con il progettista, verifica la conformità del progetto esecutivo o definitivo rispettivamente, al progetto definitivo o preliminare. Al contraddittorio partecipa anche il*

progettista autore del progetto posto a base della gara, che si esprime in ordine a tale conformità".

9.7. Le garanzie e le coperture assicurative

Di particolare importanza è anche la questione delle garanzie e coperture assicurative del progettista; anche in questo caso le novità recate dall'art. 111 del Codice sono più di ordine formale che sostanziale per quanto riguarda i lavori, mentre per i contratti aventi ad oggetto forniture e servizi la regolamentazione della materia viene rimandata all'emanando regolamento, ma solamente ove l'importo degli stessi sia pari o superiore ad un milione di euro.

Nel quadro generale in materia di coperture assicurative dei dipendenti pubblici già la Legge 11.02.1994, n. 109 regolamentava, come detto, esplicitamente la disciplina della copertura assicurativa per il progettista che fosse stato anche dipendente della pubblica amministrazione. In via generale, l'art. 25, 2° comma, della Legge n. 109/1994 statuiva la responsabilità dei titolari degli incarichi di progettazione (fossero essi "*interni*" o "*esterni*" alla pubblica amministrazione) per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione sì come individuati dal medesimo art. 25, 1° comma, lett. *d*[441].

Di seguito l'art. 30, 5° comma, della predetta legge, sì come modificato dall'art. 9, comma 56, della Legge n. 415/98, disponeva testualmente che: *"Il progettista o i progettisti incaricati della progettazione esecutiva devono essere muniti, a far data dall'approvazione del progetto, di una polizza di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di propria competenza, per tutta la durata dei lavori e sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio"*. Tale polizza, sempre secondo la citata previsione normativa - e coerentemente con quanto previsto dall'art. 25, 2° comma di cui sopra – avrebbe dovuto coprire, oltre alle nuove spese di progettazione, anche i maggiori costi che l'amministrazione sarebbe stata costretta a

[441] Disponeva l'art. 25, comma 1, lett. *d* che le varianti sono ammissibili *"per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; in tal caso il responsabile del procedimento ne dà immediatamente comunicazione all'Osservatorio e al progettista"*.

sopportare per le varianti di cui al citato articolo 25, comma 1, lettera *d* della stessa Legge n. 109/1994.

La garanzia della polizza doveva essere prestata per un massimale non inferiore al 10 per cento dell'importo dei lavori progettati, con il limite di 1 milione di ECU, per lavori di importo inferiore a 5 milioni di ECU, IVA esclusa, e per un massimale non inferiore al 20 per cento dell'importo dei lavori progettati, con il limite di 2 milioni e 500 mila ECU, per lavori di importo superiore a 5 milioni di ECU, IVA esclusa[442].

L'art. 30, 5° comma della Legge circoscriveva la copertura ai soli casi di errori commessi in fase di predisposizione della progettazione esecutiva senza fare alcun riferimento agli altri prodromici livelli di progettazione. In realtà la norma in questione era correlata all'art. 17, comma 14 *sexies* della legge n. 109/1994 secondo cui *"le progettazioni definitiva ed esecutiva sono di norma affidate al medesimo soggetto, pubblico o privato, salvo che in senso contrario sussistano particolari ragioni, accertate dal responsabile del procedimento. In tal caso occorre l'accettazione, da parte del nuovo progettista, dell'attività progettuale precedentemente svolta. L'affidamento può ricomprendere entrambi i livelli di progettazione, fermo restando che l'avvio di quello esecutivo resta sospensivamente condizionato alla determinazione delle stazioni appaltanti sulla progettazione definitiva"*.

Dalla norma traspare un inevitabile collegamento fra il progetto definitivo e quello esecutivo, o perché le due progettazioni sono affidate al medesimo progettista ovvero perché comunque il progettista al quale viene affidata la progettazione esecutiva, ha avallato, accettandola, la progettazione definitiva assumendone - ancorché solidalmente con l'autore del progetto definitivo - la responsabilità per eventuali errori e/o omissioni. In sintesi la Legge 109/94, obbligando il progettista esecutivo alla stipula della polizza, garantiva adeguatamente la pubblica amministrazione per gli eventuali maggiori oneri conseguenziali ad errori commessi nell'attività di progettazione.

Una conferma di quanto affermato si ritrova in una pronuncia della Corte dei conti**,** sez. Giurisdiz. Fr.Ven.Giu., che nella delibera 23-04-2002, n. 2 ha precisato che: *"Ai termini dell'art. 105, comma 1^ del D.P.R. n.*

---

[442] Art. 30, 5° comma, della Legge n. 109/1994 così come modificato dall'art. 8-quinquies, d.l. 3 aprile 1995, n. 101, conv. in l. 2 giugno 1995, n. 216.

554/1999 sussiste l'obbligo per la stazione appaltante di richiedere ai progettisti la polizza di cui all'art. 30, comma 5^ della L. n. 109/1994; peraltro, essendo il cosiddetto appalto integrato un procedimento complesso la cui prima fase si chiude con l'approvazione del progetto definitivo e del contratto e la seconda con la redazione e successiva approvazione del progetto esecutivo, è solo in questa seconda fase che si concretizza l'obbligo per l'amministrazione di verificare la sussistenza della stipula della polizza di cui al predetto art. 30, comma 5^ della L. n. 109/1994"[443]. Tralasciando la natura complessa dell'istituto dell'appalto integrato, il principio di carattere generale che emerge dalla summenzionata pronuncia è che il momento nel quale la pubblica amministrazione è onerata a richiedere al progettista la stipula della polizza assicurativa è quello dell'approvazione del progetto esecutivo.

Il quadro normativo è completato con il D.M. del 12.03.2004, n. 123 approvato dal Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e recante *"Schemi di polizza tipo per le garanzie fideiussorie e le coperture assicurative previste dagli articoli 17 e 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, e dal regolamento generale di attuazione emanato con decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, in materia di lavori pubblici"*. **Tale D.M. ai sensi dell'art. 256, 5° comma del Codice deve ritenersi tutt'oggi vigente fino all'entrata in vigore di un nuovo regolamento che lo abroghi espressamente.**

L'art. 111, 1° comma, del Codice modifica, in parte, il dettato normativo di cui all'art. 30, 5° comma, della Legge, statuendo che: *"Nei contratti relativi a lavori, il progettista o i progettisti incaricati della progettazione posta a base di gara e in ogni caso della progettazione esecutiva devono essere muniti, a far data dall'approvazione rispettivamente del progetto posto a base di gara e del progetto esecutivo, di una polizza di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di propria competenza, per tutta la durata dei lavori e sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio"*. Come è possibile notare la norma non fa più riferimento alla sola progettazione esecutiva, ma anche al livello progettuale posto a base di gara, quale momento dal quale far decorrere gli effetti della polizza assicurativa. **Il Codice risolve, dunque, la questione della copertura dei**

[443] Massima tratta dalla "Legge", Milano, 2005.

rischi connessi all'esecuzione dei livelli progettuali prodromici a quello esecutivo estendendo anche ad essi la copertura assicurativa[444].

La polizza del progettista o dei progettisti deve coprire, oltre alle nuove spese di progettazione, anche i maggiori costi che la stazione appaltante deve sopportare per le varianti di cui all'articolo 132, comma 1, lettera e)[445], resesi necessarie in corso di esecuzione. La garanzia e' prestata per un massimale:

> - non inferiore al 10 per cento dell'importo dei lavori progettati, con il limite di 1 milione di euro, per lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), IVA esclusa[446];
>
> - per un massimale non inferiore al 20 per cento dell'importo dei lavori progettati, con il limite di 2 milioni e 500 mila euro, per lavori di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), IVA esclusa. La mancata presentazione da parte dei progettisti della polizza di garanzia esonera le amministrazioni pubbliche dal pagamento della parcella professionale.

La nuova norma deve, però, essere coordinata con quanto disposto dal DPR n. 554/99 in quanto le norme relative alle garanzie del progettista di cui agli artt. 105 e 106 non sono oggetto di esplicita abrogazione da parte dell'art. 256 del Codice.

L'art. 106 del D.P.R. 21.12.1999, n. 554, fa riferimento ad una generica "*progettazione*" affidata al proprio dipendente da parte della pubblica amministrazione senza specificarne il relativo livello, definitivo e/o esecutivo, di dettaglio. La genericità della norma avrebbe potuto indurre a ritenere, vigente l'art. 30, 5° comma, della Legge n. 109/1994, l'obbligo della polizza assicurativa applicabile al solo progettista incaricato della redazione del progetto esecutivo; la modifica dell'art. 112 del Codice conduce, invece, inevitabilmente a ritenere estensibile la copertura

---

[444] E pur restando ferma, ai sensi dell'art. 91, 4° comma, del Codice, la previsione normativa che impone l'accettazione, da parte del nuovo progettista, dell'attività progettuale precedentemente svolta.

[445] Ossia *"per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; in tal caso il responsabile del procedimento ne da' immediatamente comunicazione all'Osservatorio e al progettista"*.

[446] Per i lavori la soglia è di 5.278.000 €.

assicurativa anche al progettista – dipendente che sia incaricato della redazione dei livelli progettuali preliminare e definitivo posti a base di gara.

Così inteso, il dettato dell'art. 106 si coordina logicamente anche con l'art. 105 del D.P.R. 21.12.1999, n. 554 che disciplina la polizza del progettista "esterno". Secondo tale articolo la polizza deve coprire la responsabilità professionale del progettista "esterno" per i rischi derivanti da errori od omissioni nella redazione *del progetto esecutivo o definitivo*. La particella disgiunta "*o*" lascia intendere come si renda necessaria la polizza assicurativa anche nel caso in cui venga affidato un incarico per la realizzazione di una progettazione definitiva e non esclusivamente per la progettazione esecutiva. Tale norma, a dire il vero poco coerente ad un dettato legislativo (come quello di cui all'art. 30, 5° comma, della Legge n. 109/1994) che faceva riferimento alla copertura dei rischi connessi alla sola progettazione esecutiva, si conforma pienamente, invece, al dettato di cui all'art. 111 del Codice.

Con specifico riferimento al progettista dipendente, l'art. 90, 5° comma, del Codice[447], statuisce che: "*Il regolamento definisce i limiti e le modalità per la stipulazione per intero, a carico delle stazioni appaltanti, di polizze assicurative per la copertura dei rischi di natura professionale a favore dei dipendenti incaricati della progettazione"*. Nel caso di affidamento della progettazione a soggetti esterni, invece, *"la stipulazione è a carico dei soggetti stessi"*.

Va immediatamente rilevato che, diversamente da quanto previsto per i progettisti "esterni", il progettista "interno" non deve accollarsi le spese della polizza assicurativa che graveranno sull'amministrazione pubblica per la quale il professionista presta la propria opera e della quale è dipendente.

Per quanto le norme dell'art. 90, 5° comma, del Codice rinviino alle norme dell'emanando regolamento generale di cui all'art. 5 del medesimo Codice, in verità le modalità per la stipulazione delle polizze assicurative sono già fissate dal DPR n. 554/99 i cui artt. 105 e 106, come detto già precedentemente affermato, spiegano e continueranno a spiegare i propri effetti non rientrando far quelli esplicitamente abrogati dall'art. 256.

---

[447] Ex art. 17, 3° comma, della Legge n. 109/1994.

L'art. 106 del D.P.R. n. 554/99 difatti, nella sua originaria versione[448], stabiliva che la stazione appaltante avrebbe dovuto assumere "*l'onere del rimborso al dipendente dei due terzi del premio corrisposto da questi per contrarre garanzia assicurativa per la copertura dei rischi professionali*". Tuttavia la norma del regolamento deve essere valutata alla luce del dettato legislativo; difatti già il 3° comma, dell'art. 17 della Legge n. 109/94 venne modificato dall'art. 145, comma 89, della Legge 23.12.2000, n. 388[449] nel senso dell'accollo integrale, da parte delle amministrazioni pubbliche, dei costi delle polizze assicurative per la copertura dei rischi di natura professionale a favore dei dipendenti incaricati della progettazione. Tale previsione normativa ha trovato integrale conferma nell'art. 90, 5° comma, del Codice.

Deve, pertanto, ritenersi che, una volta caducata la limitazione di cui all'originale versione dell'art. 17, 3° comma, della Legge n. 109/94, sia con essa venuta meno anche la successiva limitazione recata dal citato art. 106 del D.P.R. n. 554/99 ed il costo delle polizza assicurative dei progettisti "interni" sia integralmente a carico dell'amministrazione pubblica.

Per quanto concerne l'oggetto della copertura assicurativa il dettato legislativo citato è evidentemente volto a tutelare la posizione del dipendente che operi quale progettista di lavori pubblici; la dizione "*copertura dei rischi di natura professionale*" non lascia adito a dubbi; l'oggetto della copertura sono i rischi nei quali il dipendente potrebbe incorrere nell'esercizio della propria attività professionale. Sennonché le successive norme regolamentari hanno trasformato l'originario strumento assicurativo in una polizza strumentale più alle esigenze della pubblica amministrazione che non a quelle del dipendente. Non vi è dubbio, peraltro che tale mutamento di *ratio*, potrebbe sollevare dei seri problemi di raccordo con quel costante orientamento della giurisprudenza secondo il quale non possono gravare sulla pubblica amministrazione gli oneri delle polizze assicurative dirette a sollevare i propri dipendenti dalle conseguenze connesse alla responsabilità amministrativa degli stessi.

La questione impone un preliminare chiarimento. Ai sensi dell'art. 105 del D.P.R. n. 554/99 la polizza in favore dei liberi professionisti *"...copre*

---

[448] Versione, peraltro, non formalmente modificata.

[449] "Finanziaria 2000". La norma citata dispone che: "*89. All'articolo 17, comma 3, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, dopo le parole: «il regolamento definisce i limiti e le modalità per la stipulazione», sono inserite le seguenti: «per intero»*".

la responsabilità professionale del progettista esterno per i rischi derivanti da errori od omissioni nella redazione del progetto esecutivo o definitivo, che abbiano determinato a carico della stazione appaltante nuove spese di progettazione e/o maggiori costi". Prescindendo dai contenuti della copertura assicurativa, va posto in evidenza che, secondo lo schema tipico dei contratti di assicurazione, per la polizza in questione contraente ed assicurato coincidono con la persona del progettista che viene "coperto" per la propria responsabilità professionale[450] scaturente da errori ed omissioni afferenti all'attività di progettazione, nei limiti in cui essa cagioni a carico della stazione appaltante nuove spese di progettazione e/o maggiori costi. Oggetto della polizza è, dunque, la responsabilità professionale e beneficiario della stessa è il progettista libero professionista.

Diversa è invece la situazione per quanto concerne la polizza assicurativa dei dipendenti pubblici. In questo caso, infatti non solo l'oggetto è diverso ma vi è anche una divaricazione tra contraente e beneficiario . L'art. 106 del D.P.R. n. 554/99 prevede da un lato che la polizza è diretta a *"contrarre garanzia assicurativa per la copertura dei rischi professionali"*; dall'altro precisa che: *"L'importo da garantire non può essere superiore al dieci per cento del costo di costruzione dell'opera progettata e la garanzia copre il solo rischio per il maggior costo per le varianti di cui all'art. 25, comma 1, lettera d), della legge[451]"*. In sintesi la polizza assicurativa del dipendente dovrebbe avere ad oggetto, al pari di quella del libero professionista, la copertura assicurativa per i rischi professionali, ma la limitazione del *quantum* risarcitorio esclusivamente al *"maggior costo"* dell'opera non sembra tenere nel debito conto la diversa posizione del dipendente rispetto a quella del libero professionista, nonché la diversa natura della responsabilità del primo rispetto a quella del secondo.

La polizza del dipendente pubblico deve dunque coprire la sua responsabilità professionale nei limiti del solo maggior costo per le varianti

---

[450] Dunque sia essa scaturente da colpa lieve ovvero, ai sensi dell'art. 2236 del Codice civile , da colpa grave oltre che, ovviamente dal dolo. In tale senso depone il dettato normativo di cui all'art. 105 che parla genericamente di "*responsabilità professionale*" senza alcuna distinzione tipologica. Cosicché la responsabilità professionale è sia (anzi prioritariamente) quella scaturente da colpa lieve sia quella - ma solamente nel caso di particolare complessità dell'intervento - anche quella scaturente da colpa grave. La polizza assicurativa, stipulata dal professionista, dunque, deve coprire la responsabilità professionale del progettista libero professionista per entrambe le tipologie di colpa.

[451] Oggi, chiaramente, art. 132, lett. e) del Codice.

di cui all'art. 132, comma 1, lett. d) del Codice e non anche delle "*nuove spese di progettazione*" come invece previsto dall'art. 105 del regolamento per le polizze dei liberi professionisti esterni. È bene ricordare che il dipendente tecnico che sia chiamato ad eseguire - nei limiti ovviamente della propria competenza professionale - un'attività di progettazione, esercita mansioni strettamente inerenti al rapporto di pubblico impiego o di servizio che lo lega alla pubblica amministrazione. In questo caso è incontestabile che, in presenza di errore gravemente colposo (ovvero doloso) che cagioni un danno alla predetta pubblica amministrazione, la sua condotta integrerà una forma di responsabilità amministrativa alla quale conseguirà la relativa obbligazione risarcitoria in favore della stessa amministrazione sia che essa sia stata danneggiata direttamente ovvero per rivalsa, nel caso di danno arrecato a terzi. Chiaramente tutto ciò non esclude che il dipendente possa cagionare un danno a terzi e che per questo possa essere direttamente chiamato a risarcire i relativi danni; il problema, però, nel contesto che si sta esaminando, assume connotati diversi e più complessi. Difatti, la questione principale non è quella di individuare le forme di responsabilità del dipendente pubblico[452], ma esclusivamente quella di verificare quale sia l'ambito oggettivo di operatività della polizza assicurativa di cui all'art. 106 del D.P.R. n. 554/99.

In questo senso è possibile affermare che, seppur formalmente tale polizza debba essere prestata in favore del dipendente per la copertura dei rischi professionali, la limitazione dell'oggetto di tale copertura ai soli maggiori costi dell'opera, ne muta la causa giuridica sostanzialmente configurandola anche – e forse prevalentemente - quale assicurazione resa in favore della pubblica amministrazione.

È altresì chiaro che, contrariamente a quanto accade per il libero professionista, il dipendente non potrebbe che rispondere per errori ed omissioni commessi con colpa grave in quanto è proprio quest'ultimo il criterio minimo d'imputazione soggettiva della responsabilità amministrativa.

Nonostante, dunque, l'art. 106 D.P.R. n. 554/99 specifichi che la garanzia assicurativa è diretta a coprire "*i rischi professionali*" derivanti dall'espletamento dell'attività di progettazione del dipendente pubblico, essa collega la garanzia ai maggiori costi dell'opera dovuti ad errori e/o

[452] Questione alla quale, peraltro, si è già cercato di rispondere sopra.

omissione nell'espletamento dell'attività di progettazione la quale, rientrando nell'attività tipica del dipendente progettista, ne integra la responsabilità amministrativa per i danni arrecati alla pubblica amministrazione.

In estrema sintesi, e sulla scorta di quanto detto sopra in merito alla responsabilità amministrativa, *il dipendente che commette, quanto meno con colpa grave, errori ed omissioni nell'esercizio di una propria attività istituzionale è, nei confronti dell'amministrazione, responsabile in via amministrativa e non civilmente*. Ciò, ovviamente, non esclude che, nei confronti del terzo, la pubblica amministrazione sia responsabile civilmente ovvero che tale sia lo stesso dipendente; la questione centrale che va affrontata è quella di capire se, relativamente al caso specifico, il contenuto della polizza del dipendente, sì come si evince dal descritto quadro normativo di riferimento, copra sia la responsabilità amministrativa che civile ovvero solo prima.

L'art. 132 del Codice (ex art. 25, 1° comma, lett. d) della legge 11.02.1994, n. 109) ammette la variante all'opera progettata, fra l'altro, *"per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione"*. A sua volta, il 2° comma della medesima disposizione normativa precisa che: *"I titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subìti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione di cui al comma 1, lettera d)"*.

L'art. 132 ritiene, pertanto, espressamente responsabili i progettisti per i danni subiti dalla pubblica amministrazione - stazione appaltante in conseguenza di errori ed omissioni progettuali che compromettano la *realizzazione* ovvero *l'utilizzazione* dell'opera. Del pari il risarcimento concedibile all'appaltatore è condizionato espressamente alla risoluzione del contratto posta in essere direttamente dalla pubblica amministrazione ed è determinato *ex lege* al pagamento dei lavori eseguiti, dei materiali utili e del 10 per cento dei lavori non eseguiti, fino a quattro quinti dell'importo del contratto. Se dunque condizione indefettibile per l'azionabilità del risarcimento del danno è la risoluzione del contratto, che potrà essere azionata dalla sola pubblica amministrazione committente, va da se che il committente potrà rivolgersi esclusivamente a quest'ultima per rivendicare l'eventuale risarcimento peraltro nei limiti quantitativi di cui sopra. Il progettista è estraneo al rapporto sinallagmatico le cui vicende, siano esse

fisiologiche ovvero patologiche, si snodano fra pubblica amministrazione ed impresa appaltatrice.

L'art. 106 del D.P.R. n. 554/99, come più volte affermato, limita la copertura assicurativa ai maggiori costi dovuti alle varianti di cui all'art. 25 citato che, come visto, fa riferimento alla sola pubblica amministrazione come soggetto danneggiato per gli errori progettuali che compromettano la realizzazione ovvero l'utilizzazione dell'intervento. È di tutta evidenza, quindi, che la polizza assicurativa di cui al D.M. del 2003 che copre i rischi professionali del progettista dipendente è di fatto diretta a coprire anche la responsabilità amministrativa dello stesso nei confronti della propria amministrazione. L'aspetto problematico attiene al fatto che i costi della suddetta polizza sono, dal legislatore, posti integralmente a carico della pubblica amministrazione. Come si colloca, dunque, tale disposizione rispetto a quel costante orientamento della giurisprudenza contabile che vieta alla pubblica amministrazione di sostenere i costi delle polizze assicurative dirette a coprire la responsabilità amministrativa dei propri dipendenti?

Va innanzitutto evidenziato che, contrariamente ai casi citati dalla giurisprudenza[453], nel caso in esame vige una specifica norma autorizzatoria che si colloca in un rapporto di specialità con i principi generali in materia di responsabilità amministrativa. La legittimità della copertura assicurativa per i rischi professionali (*id est*: responsabilità professionale) del dipendente trova infatti specifico avallo nell'art. 30, 5° comma, della Legge n. 109/1994 sì come attuato dal più volte citato art. 106 D.P.R. n. 554/99. In sostanza, il legislatore statale ha ritenuto, sulla scorta di un proprio apprezzamento discrezionale, per la materia dei lavori pubblici[454], di

---

[453] Si veda Corte dei Conti, Sezione regionale Friuli Venezia Giulia, sent. 19.10.2000, n. 489/EL/2000.

[454] Non mancano, tuttavia, ulteriori deroghe legislative; in particolare si veda l'art. 28 del D.P.R. 20.12.1979 n. 761 che testualmente dispone: *"In materia di responsabilità, ai dipendenti delle unità sanitarie locali si applicano le norme vigenti per i dipendenti civili dello Stato di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, e successive integrazioni e modificazioni. Le unità sanitarie locali possono garantire anche il personale dipendente, mediante adeguata polizza di assicurazione per la responsabilità civile, dalle eventuali conseguenze derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi, ivi comprese le spese di giudizio, relativamente alla loro attività, senza diritto di rivalsa, salvo i casi di colpa grave o di dolo"*. Ancora si veda l'art. 23 della Legge 27.12.1985, n. 816 - abrogato ma confermato dall'art. 26, 5° comma, della Legge n. 142/1990 - che testualmente disponeva che: *"I comuni e le province possono assicurare i propri amministratori ed i propri rappresentanti contro i rischi conseguenti all'espletamento del loro mandato"*. Anche le Regioni sono intervenute in materia; si vedano in particolare: la l.r. Emilia Romagna del 26.07.1997, n. 24; la l.r. Lazio n. 48/98 di modifica della 02.05.1995, n. 19.

attribuire gli oneri derivanti dalla copertura assicurativa dei rischi professionali dei dipendenti pubblici a carico della pubblica amministrazione.

Se il quadro normativo citato, per il rango legislativo che lo connota, è chiaramente in grado di derogare ai precetti sulla responsabilità amministrativa, tuttavia potrebbe presentare problemi di legittimità costituzionale alla luce degli artt. 3[455], 28[456] e 97[457] della Costituzione. In merito occorre ricordare quanto statuito dalla Corte costituzionale relativamente alla circostanza che il legislatore è libero di esperire le proprie scelte senza limiti e condizionamenti che non siano quelli della non irragionevolezza e non arbitrarietà[458]. Riguardo allo specifico caso della responsabilità amministrativa, la Corte ha precisato che *"deve ritenersi che rientra nella discrezionalità del legislatore configurare unitariamente la responsabilità ovvero diversificarla in ordine a taluni ambiti o benefici, secondo la configurazione delle sfere di competenze e dell'ordinamento"*[459].

In quest'ottica, premesso che la garanzia assicurativa per la responsabilità amministrativa del dipendente in materia di progettazione è a carico dell'amministrazione per espressa disposizione normativa, il vaglio di costituzionalità della disposizione potrebbe essere superato alla luce del fatto che rientra nell'ambito della discrezionalità del legislatore costruire una disciplina diversificata in materia, una volta riscontrata l'esistenza di peculiarità e particolare complessità quali quelle che oggettivamente connotano l'attività del progettista dipendente pubblico.

Per quanto concerne, invece, i contenuti della polizza, essa copre, ai sensi dell'art. 106 del D.P.R. n. 554/99 *"...il solo rischio per il maggior costo per le varianti di cui all'art. 25, comma, 1 lett. d) della Legge"*; in

---

[455]Dispone l'art. 3 che: "*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. É compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*".

[456]L'Articolo 28 Cost dispone che: "*I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici*".

[457]Ai sensi dell'articolo 97: "*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge*".

[458] *Ex multis* si veda Corte Costituzionale sent. 20.11.1998, n. 371

[459] In questi termini Corte Cost. sent. 24.10.2001, n. 340.

ogni caso, l'importo da garantire non potrà essere superiore al 10% del costo di costruzione. Ai sensi dell'art. 105, 2° comma, del D.P.R. n. 554/99 s'intende per "*maggior costo*" *"la differenza fra i costi e gli oneri che la stazione appaltante deve sopportare per l'esecuzione dell'intervento a causa dell'errore o omissione progettuale ed i costi e gli oneri che essa avrebbe dovuto affrontare per l'esecuzione di un progetto esente da errori ed omissioni"*.

Per quanto concerne l'oggetto della copertura assicurativa in esame, va rilevato che anche in questo caso essa si estende ai rischi di natura professionale derivanti dalla progettazione, ma diversamente da quanto visto in merito alle polizze del libero professionista, essa coprirà "*il solo rischio per il maggior costo per la varianti di cui all'art. 25, 1° comma, lett. b) della Legge*"[460] con esclusione, quindi, delle nuove spese di progettazione, essendo in questo caso il progettista "interno" alla pubblica amministrazione.

È opportuno ricordare che l'art. 106 del D.P.R. n. 554/99 individua quali "*maggiori costi*" risarcibili esclusivamente quelli di variante, diversamente - lo si ribadisce - da quanto previsto dal prodromico art. 105 del medesimo D.P.R. n. 554/99 che "svincola" il maggior costo risarcibile dal verificarsi di una variante di cui all'art. 25, 1° comma, lett. d) della Legge n. 109/94.

Ora, il fatto che il testo dell'art. 106 del regolamento colleghi il "*maggior costo*" alle varianti, mentre alcun riferimento a tale collegamento è fatto nel precedente art. 105, avalla l'impostazione di cui sopra circa la maggior estensione della copertura assicurativa nel caso del progettista "esterno" rispetto a quello "interno", anche se essa sembra essere stata disattesa dal successivo schema di polizza tipo del progettista "esterno" che, come visto, circoscrive ugualmente il danno risarcibile relativo ai maggiori costi, esclusivamente a quelli che comportano le varianti di cui all'art. 25, 1° comma, lett. d) della Legge n. 109/94.

9.8. L'esecuzione del contratto

Il capo V, Titolo I, Parte II del Codice (artt. 113 – 120) detta una serie di principi afferenti all'ultima delle fasi relativi al procedimento di evidenza pubblica: l'esecuzione del contratto.

---

[460] Art. 106 D.P.R. n. 554/99.

Rispetto alla pregressa disciplina normativa le novità di rilievo risiedono principalmente nell'estensione delle regole, già note per i lavori, anche ai contratti aventi ad oggetto servizi e forniture; in particolare vanno menzionate:

- l'estensione delle garanzie a corredo dell'esecuzione dei contratti di lavori anche ai contratti di forniture e servizi;
- l'estensione anche ai contratti di forniture e servizi della tassatività delle varianti in corso d'opera; in questo caso l'operatività della norma è condizionata all'entrata in vigore del regolamento;
- l'estensione ai contratti di forniture e servizi dei principi in materia di "vicende soggettive" dell'operatore economico (fusione, trasferimento, cessione);
- l'estensione ai contratti di forniture e servizi delle regole in materia di "direzione lavori"; in questo caso l'operatività della norma è condizionata all'entrata in vigore del regolamento;
- l'estensione ai contratti di forniture e servizi delle regole in materia di "collaudo"; in questo caso l'operatività della norma è condizionata all'entrata in vigore del regolamento.

La garanzia per l'esecuzione del contratto (cd "cauzione definitiva") copre gli oneri per il mancato od inesatto adempimento e cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione[461]; la sua mancata costituzione comporta la revoca dell'affidamento e la contestuale acquisizione della cauzione provvisoria a corredo dell'offerta[462]. L'art. 113 del Codice, riprendendo le norme di cui all'art. 30 commi 2, 2 *bis* e 2 *ter* della legge n. 109/1994 e s.m.i., ne lascia sostanzialmente invariato il contenuto e, pertanto impone all'operatore economico aggiudicatario una garanzia fideiussoria pari al 10% dell'importo contrattuale aumentata di un punto percentuale per ogni punto di ribasso se il ribasso d'asta è superiore al 10% e di due punti percentuali per ogni punto di ribasso ove quest'ultimo sia

[461] Art. 113, 5° comma, del Codice.
[462] Art. 113, 4° comma, del Codice.

complessivamente superiore al 20%[463]. Le modalità di costituzione e di svincolo di tale garanzia sono individuate dai commi 2° e 3° dell'art. 113 che non presentano alcuna difformità rispetto alla pregressa disciplina dei lavori pubblici[464]. In particolare la garanzia è progressivamente ed automaticamente svincolata in base all'avanzamento dell'esecuzione, nel limite massimo del 75 per cento dell'iniziale importo garantito con la sola condizione della preventiva consegna all'istituto garante, da parte dell'appaltatore o del concessionario, degli stati di avanzamento dei lavori o di analogo documento, in originale o in copia autentica, attestanti l'avvenuta esecuzione. L'ammontare residuo, pari al 25 per cento dell'iniziale importo garantito, è svincolato secondo la normativa vigente[465].

Per avere un quadro completo delle garanzie previste in materia di contratti pubblici, l'art. 113 va letto in combinazione con l'art. 75 del Codice che disciplina le garanzie a corredo dell'offerta presentata dall'operatore economico concorrente dirette a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario (ma non la mancata o inesatta esecuzione del contratto), ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo. Anche in questo caso la principale novità apportata dal Codice si rinviene nell'estensione di tale garanzia anche ai contratti di forniture e servizi, mentre per quanto concerne la disciplina sostanziale nulla varia rispetto alla disciplina prevista dall'art. 30, 1° comma, della Legge n. 109/1994. In particolare l'art. 75 prevede che la garanzia sia pari al 2% del prezzo base indicato nel bando e/o nella lettera di invito, abbia durata minima pari a centottanta giorni ed il

---

[463] In particolare dispone l'art. 113, 1° comma, del Codice (ex art. 30, 2° comma, della Legge n. 109/1994 che: *"L'esecutore del contratto e' obbligato a costituire una garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale. In caso di aggiudicazione con ribasso d'asta superiore al 10 per cento, la garanzia fideiussoria e' aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10 per cento; ove il ribasso sia superiore al 20 per cento, l'aumento e' di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20 per cento"*.

[464] Giova sottolineare, comunque, che l'operatore economico concorrente dovrà necessariamente impegnarsi, già in sede di presentazione dell'offerta, a costituir la garanzia a copertura della corretta esecuzione, ove risultasse aggiudicatario; così l'art. 75, 8° comma del Codice.

[465] In particolare dispone il 3° comma, dell'art. 113 che: *"La garanzia fideiussoria di cui al comma 1 e' progressivamente svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione, nel limite massimo del 75 per cento dell'iniziale importo garantito. Lo svincolo, nei termini e per le entità anzidetti, e' automatico, senza necessità di benestare del committente, con la sola condizione della preventiva consegna all'istituto garante, da parte dell'appaltatore o del concessionario, degli stati di avanzamento dei lavori o di analogo documento, in originale o in copia autentica, attestanti l'avvenuta esecuzione. L'ammontare residuo, pari al 25 per cento dell'iniziale importo garantito, e' svincolato secondo la normativa vigente. Sono nulle le eventuali pattuizioni contrarie o in deroga. Il mancato svincolo nei quindici giorni dalla consegna degli stati di avanzamento o della documentazione analoga costituisce inadempimento del garante nei confronti dell'impresa per la quale la garanzia e' prestata"*.

suo importo venga ridotto del 50% per gli operatori economici ai quali sia rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000, ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema. Per fruire di tale beneficio, l'operatore economico dovrà segnalare, in sede di offerta, il possesso del requisito, e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti[466].

Restano applicabili ai soli lavori pubblici tutte le garanzie relative ai soli lavori pubblici disciplinate nell'apposita sezione del Codice[467].

Resta ferma la regola della tassatività delle varianti in corso disciplinata dall'art. 114 del Codice che, a sua volta, rinvia indirettamente all'art. 132[468] per i lavori, servizi e forniture; per servizi e forniture, però,

---

[466] In questi termini l'art. 75, 7° comma, del D.Lgs. n. 163/2006.

[467] In particolare si veda l'art. 129 del Codice.

[468] Dispone l'art. 132 del Codice che: "*1. Le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentito il progettista e il direttore dei lavori, esclusivamente qualora ricorra uno dei seguenti motivi: a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari; b) per cause impreviste e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal regolamento, o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale; c) per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale; d) nei casi previsti dall'articolo 1664, comma 2, del Codice civile; e) per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; in tal caso il responsabile del procedimento ne da' immediatamente comunicazione all'Osservatorio e al progettista. 2. I titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione di cui al comma 1, lettera e). Nel caso di appalti avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo. 3. Non sono considerati varianti ai sensi del comma 1 gli interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, che siano contenuti entro un importo non superiore al 10 per cento per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro e al 5 per cento per tutti gli altri lavori delle categorie di lavoro dell'appalto e che non comportino un aumento dell'importo del contratto stipulato per la realizzazione dell'opera. Sono inoltre ammesse, nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, le varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità, semprechè non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto. L'importo in aumento relativo a tali varianti non può superare il 5 per cento dell'importo originario del contratto e deve trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera. 4. Ove le varianti di cui al comma 1, lettera e), eccedano il quinto dell'importo originario del contratto, il soggetto aggiudicatore procede alla risoluzione del contratto e indice una nuova gara alla quale e' invitato l'aggiudicatario iniziale. 5. La risoluzione del contratto, ai sensi del presente articolo, da' luogo al pagamento dei lavori eseguiti, dei materiali utili e del 10 per cento dei lavori non eseguiti, fino a*

l'efficacia della previsione è condizionata alle previsioni di cui all'emanando regolamento generale; la *ratio* di siffatto rinvio deve rinvenirsi nell'esigenza di verificare le soluzioni pratiche adottate sul punto delle stazioni appaltanti. Il sistema delle varianti, però, comprende anche la previsione di cui all'art. 75 relativa alla disciplina della varianti progettuali *in sede di offerta* e non, come previsto dall'art. 114, in corso di esecuzione del contratto. La norma[469] disciplina, dunque, una fase prodromica rispetto a quella di cui all'art. 114, collegata alla procedura di aggiudicazione e consente al concorrente, nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e qualora vi sia l'espressa autorizzazione della stazione appaltante,[470] di presentare varianti all'offerta depositata. Come precisa l'epigrafe dell'articolo in commento, la variante dovrebbe intendersi riferita esclusivamente al profilo tecnico dell'offerta e non anche a quello economico per quanto il 3° comma precisi che spetta alle stazioni appaltanti menzionare nel capitolato d'oneri i requisiti minimi che le varianti dovranno rispettare, nonché le modalità per la loro presentazione. Precisa altresì il 5° comma, della norma in commento che: "*Nelle procedure di affidamento di contratti relativi a servizi o forniture, le stazioni appaltanti che abbiano autorizzato varianti non possono respingere una variante per il solo fatto che, se accolta, configurerebbe, rispettivamente, o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi".*

L'art. 115 del Codice recepisce la disposizione di cui all'art. 6, 4° comma della Legge 24.12.1993, n. 537 ed introduce la cd. "*clausola di adeguamento*" dei prezzi per i contratti ad esecuzione continuata o periodica di servizi e forniture, ma non anche di lavori[471]. Responsabile della operazione di revisione del prezzo è il dirigente responsabile del settore al quale si riferisce il contratto chiamato ad applicare i criteri di cui

---

quattro quinti dell'importo del contratto. 6. Ai fini del presente articolo si considerano errore o omissione di progettazione l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle norme di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali" .

[469] Che recepisce pedissequamente l'art. 24 della Direttiva 2004/18/Ce.

[470] In mancanza di espressa autorizzazione le varianti all'offerta si intendono vietate ai sensi dell'art. 76, 2° comma, del Codice.

[471] In particolare l'art. 115 precisa che: "*Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'articolo 7, comma 4, lettera c) e comma 5".*

all'art. 7, commi 4 lett. c)[472] e 5[473]. Un'ultima notazione riguarda un profilo formale già rilevato dal Consiglio di Stato nel parere del 6.2.2006; l'art. 256 del Codice abroga integralmente l'art. 6 della Legge 537/93 e non *in parte qua* come dedotto nella relazione ministeriale[474].

---

[472] Ai sensi dell'at. 7, comma 4 lett. c), l'Osservatorio "*determina annualmente costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura in relazione a specifiche aree territoriali, facendone oggetto di una specifica pubblicazione, avvalendosi dei dati forniti dall'ISTAT, e tenendo conto dei parametri qualità prezzo di cui alle convenzioni stipulate dalla CONSIP, ai sensi dell'articolo 26, legge 23 dicembre 1999, n. 488"*; mentre ai sensi del comma 5 del medesimo articolo "*Al fine della determinazione dei costi standardizzati di cui al comma 4, lettera c), l'ISTAT, avvalendosi, ove necessario, delle Camere di commercio, cura la rilevazione e la elaborazione dei prezzi di mercato dei principali beni e servizi acquisiti dalle amministrazioni aggiudicatrici, provvedendo alla comparazione, su base statistica, tra questi ultimi e i prezzi di mercato. Gli elenchi dei prezzi rilevati sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, con cadenza almeno semestrale, entro il 30 giugno e il 31 dicembre. Per i prodotti e servizi informatici, laddove la natura delle prestazioni consenta la rilevazione di prezzi di mercato, dette rilevazioni sono operate dall'ISTAT di concerto con il Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione di cui al decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 39"*.

[473] In riferimento all'efficacia temporale delle clausole di revisione periodica ed in particolare circa la loro applicabilità o meno anche ai contratti in corso è stato precisato che: "*In tema di appalti di servizi, la prescrizione di cui all'art. 6, L. 24 dicembre 1993 n. 537, che impone la revisione periodica per i contratti ad esecuzione periodica o continuativa, in quanto comportante soprattutto effetti sfavorevoli per il privato contraente, non è operante sui contratti in corso, ma solo per quelli da stipulare, per i quali il contraente è stato avvertito, previa inserzione automatica dell'apposita clausola, della possibilità di un mutamento dei patti originari*" (nella specie, il Collegio richiama il suddetto principio per escludere l'efficacia retroattiva della nuova formulazione dell'art. 6, L. n. 537 del 1993, introdotta dall'art. 44, L. 23 dicembre 1994 n. 724, e, pertanto, la sua applicabilità al contratto già pendente tra le parti). Cons. Stato, Sez. V, 17/05/2005, n.2462 in *Foro Amm. CDS, 2005, 1477*.

[474] La legge n. 537/93 disciplinava anche la questione del rinnovo tacito dei contratti vietato ai sensi dell'art. 23 della legge n. 62/2005. In particolare si veda T.A.R. Lazio, Sez. I bis, 12/12/2005, n.13404 in *Sito Diritto dei Servizi Pubblici.it, 2005* secondo cui: "La legge n. 62 del 2005 (legge comunitaria 2004) modificando la disciplina in materia di rinnovo dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, ha soppresso all'art. 23, co. 1, l'ultimo periodo dell'art. 6, co. 2, della L. 24 dicembre 1993, n. 537, nella parte in cui prevedeva la facoltà di procedere a rinnovi contrattuali, sia pure sulla base di una valutazione del pubblico interesse. Il suddetto art. 23 deve essere coordinato con la normativa di matrice comunitaria di cui al D.Lgs. n. 157 del 1995, recante attuazione della Direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi. La ratio sottesa alla soppressione operata dal citato art. 23, è quella di evitare un indiscriminato ricorso a procedure derogatorie al principio della gara ad evidenza pubblica e per scongiurare la prassi generalizzata di attribuzione di pubblici servizi in assenza di uniformità e trasparenza di procedure, sebbene anche all'interno dello stesso ordinamento comunitario è consentito, sia pure in presenza di determinate condizioni, il ricorso alla trattativa privata, in assenza di previo bando di gara. Dal momento che l'art. 7, co. 2, lett. f), D. Lgs n. 157 del 1995, prevede che gli appalti ivi contemplati possono essere aggiudicati a trattativa privata, senza preliminare pubblicazione di un bando di gara e poichè il rinnovo contrattuale consistente in una nuova negoziazione tra le medesime parti per l'instaurazione di un nuovo rapporto giuridico, si atteggia quale trattativa privata, il ricorso a detto strumento negoziale, siccome espressamente previsto dalla stessa norma nazionale di recepimento di quella comunitaria, non si pone in contrasto con i principi di concorrenza e trasparenza tutte le volte che detta facoltà sia stata espressamente considerata in sede di indizione della prima gara e recepita nella conclusiva stipula contrattuale".

L'art. 118, invece, detta il principio del divieto di cessione del contratto e le relative eccezioni fra cui il controverso istituto del subappalto[475] richiamando, con alcune modifiche lessicali, la norma di cui all'art. 18 della Legge n. 55/90 che soddisfa anche i requisiti e le condizioni richieste dalla normativa europea. In sostanza la regola generale è che l'aggiudicatario (*rectius* l'affidatario) dovrà eseguire personalmente la prestazione oggetto del contratto; tuttavia, lì dove concorrano le condizioni previste dal Codice, sarà possibile procedere comunque ricorrere al subappalto.

Ai sensi del comma 11 dell'art. in commento, per subappalto si intende *"qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare"*.

Il subappalto si pone in un rapporto di specialità rispetto alla generale categoria del sub-contratto e dunque è contraddistinto dallo stretto collegamento e dall'identità di causa con il contratto di appalto principale. Tuttavia per le regole generali che informano tale ultima tipologia negoziale, mentre le sue vicende non sono in grado di influenzare quelle del contratto principale, quelle relative a quest'ultimo incidono direttamente sul subappalto[476]. La fattispecie del subappalto recepita dal Codice è evidentemente complessa così come caratterizzata dalla compresenza del requisito del parziale affidamento della prestazione principale ad imprese *terze* sotto il profilo organizzativo rispetto all'affidatario[477] ed altresì del particolare valore della prestazione che dovrà

---

[475] Ai sensi dell'art. 118, 1° comma, del Codice: "*I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente Codice sono tenuti a seguire in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto, a pena di nullità, salvo quanto previsto nell'articolo 116"*.

[476] Sulla natura giuridica del sub – contratto in generale si veda MESSINEO, *Dottrina gen. contr.*, Milano, 1948, 427; sul subappalto con particolare riferimento ai lavori CIANFLONE *L'appalto di opera pubblica*, 1999, 592 ss, CARIGELLA *subappalto* in *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, 2006, 1042, ss.

[477] In sostanza *"E' subappalto qualunque tipo di contratto che intercorre tra l'appaltatore ed un terzo, in virtù del quale talune delle prestazioni appaltate non sono eseguite dall'appaltatore con la propria organizzazione, bensì mediante soggetti giuridici distinti, in relazione ai quali si pone l'esigenza che siano qualificati e in regola con la c.d. disciplina antimafia. Non sussiste subappalto solo se le prestazioni sono eseguite dall'appaltatore in proprio, tramite la propria organizzazione"* (fattispecie relativa a contratto di franchising, ritenuto rientrante nella nozione di subappalto ai sensi e per gli

essere contestualmente d'importo superiore al 2% del valore dell'appalto ed a 100.000 € in termini assoluti[478].

Il Codice, con disposizione questa volta innovativa rispetto alla normativa recepita, non comprende nella fattispecie del subappalto rispettivamente:

a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi;

b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici.

Nulla quaestio per quanto concerne la prima fattispecie in quanto generalmente riconducibile all'istituto del contratto d'opera; mentre per quanto concerne la seconda, la disposizione appare effettivamente discutibile alla luce proprio della sua innovatività e considerando le limitazioni della delega[479].

Ai sensi dell'art. 118, 2° comma, del Codice, "*La stazione appaltante e' tenuta ad indicare nel progetto e nel bando di gara le singole prestazioni e, per i lavori, la categoria prevalente con il relativo importo, nonché le ulteriori categorie, relative a tutte le altre lavorazioni previste in progetto, anch'esse con il relativo importo. Tutte le prestazioni nonché lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili e affidabili in cottimo, ferme restando le vigenti disposizioni che prevedono per particolari ipotesi il divieto di affidamento in subappalto. Per i lavori, per quanto riguarda la categoria prevalente, con il regolamento, è definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso* ***non superiore al trenta per cento****. Per i servizi e le forniture, tale quota e' riferita all'importo complessivo del contratto*".

Il subappaltatore non può subappaltare a sua volta le prestazioni salvo che per la fornitura con posa in opera di impianti e di strutture speciali da

---

effetti dell'art. 18, L. n. 55 del 1990 e dei divieti di subappalto, ove consentiti dall'ordinamento); Cons. Stato, Sez. VI, 09/02/2006, n.518 *Sito Diritto dei Servizi Pubblici.it, 2006*.

478 Sulla necessaria contestualità dei predetti requisiti economici si veda Cons. Stato (Ord.), Sez. VI, 31/05/2005, n.2584 in *Contratti Stato Enti Pubbl.*, 2005, 500, nota di COMPARONI *"I subcontratti di importo inferiore al 2 per cento del valore dell'appalto principale (e a 100.000 euro in termini assoluti) non sono riconducibili alla nozione di subappalto, e pertanto non sono soggetti alla preventiva autorizzazione della stazione appaltante ex art. 18, comma 12 delle legge n. 55 del 1990, bensì alla semplice comunicazione; né in contrario può essere invocato l'art. 18, comma 9, della legge n. 55 del 1990, che si limita ad introdurre un procedimento autorizzatorio abbreviato per i subappalti minori (ossia di importo inferiore al due per cento dell'importo dei lavori, ma superiore a 100.000 euro; ovvero inferiore a 100.000 euro, ma superiore al due per cento dell'importo del contratto principale)"*.

479 In questi termini Cons. St. parere 6.2.2006, n. 335.

individuare con il regolamento; in tali casi il fornitore o subappaltatore, per la posa in opera o il montaggio, può avvalersi di imprese di propria fiducia per le quali non sussista alcuno dei divieti di cui al comma 2, numero 4. E' fatto obbligo all'affidatario di comunicare alla stazione appaltante, per tutti i sub-contratti stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati.

L'ammissibilità del subappalto per i contratti pubblici è condizionata al rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante ed i cui effetti assentivi potranno prodursi anche all'esito della formazione del silenzio – assenso, decorsi novanta giorni dalla richiesta da parte dell'affidatario che intende avvalersi del subappalto[480].

Le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione sono:

1) che i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all'atto dell'affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo;
2) che l'affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni;
3) che al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal presente Codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 38;
4) che non sussista, nei confronti dell'affidatario del subappalto o del cottimo, alcuno dei divieti previsti dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni.

Da notare, infine, come l'art. 118 del Codice adotti il termine di "*affidatario*" in luogo del più ristretto "*aggiudicatario*" così estendendo la portata dei divieti di cui all'art. 18 della legge 55/90 – che per le preclusioni recate deve ritenersi norma di stretta interpretazione - a tutti i

[480] Qualora l'appalto sia d'importo inferiore al 2% del valore dell'appalto ovvero a 100.000 € il termine per la formazione del silenzio assenso è ridotto a 45 giorni.

soggetti con i quali la pubblica amministrazione, in qualità di stazione appaltante, stipula un contratto pubblico pur in assenza di una specifica procedura di aggiudicazione (in tal caso la norma avrebbe dovuto parlare di aggiudicatari). In sostanza il Codice realizzerebbe una indebita estensione dell'ambito soggettivo di operatività della disciplina del subappalto che, invece dovrebbe rimanere circoscritta ai soli aggiudicatari.

Innovative, sotto un profilo prettamente organizzativo, sono le norme di cui agli artt. 119[481] e 120[482] del Codice che prevedono, anche per i contratti di servizi e forniture un organismo di direzione dell'esecuzione del contratto e le operazioni di collaudo. Ferme restando le regole speciali previste per i lavori pubblici, sia per i servizi che per le forniture l'operatività di entrambe le disposizioni normative è rinviata all'entrata in vigore del regolamento attuativo di cui all'art. 5 del Codice.

---

[481] L'art. 119 del Codice prevede che: "*1. La esecuzione dei contratti aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, e' diretta dal responsabile del procedimento o da altro soggetto, nei casi e con le modalità stabilite dal regolamento. 2. Per i lavori, detto regolamento stabilisce le tipologie e gli importi massimi per i quali il responsabile del procedimento può coincidere con il direttore dei lavori. 3. Per i servizi e le forniture, il regolamento citato individua quelli di particolare importanza, per qualità e importo delle prestazioni, per i quali il direttore dell'esecuzione del contratto deve essere un soggetto diverso dal responsabile del procedimento*".

[482] L'art. 120 prevede che: "*1. Per i contratti relativi a servizi e forniture il regolamento determina le modalità di verifica della conformità delle prestazioni eseguite a quelle pattuite, con criteri semplificati per quelli di importo inferiore alla soglia comunitaria. Per i contratti relativi ai lavori il regolamento disciplina il collaudo con modalità ordinarie e semplificate, in conformità a quanto previsto dal presente Codice*".

10. I contratti sotto soglia

10.1. La disciplina specifica per i lavori pubblici

Il Codice disciplina i contratti pubblici d'importo inferiore alla soglia comunitaria distintamente a seconda che essi abbiano ad oggetto rispettivamente l'esecuzione di lavori pubblici da un lato ovvero servizi e/o forniture dall'altro.

In via generale il Codice ritiene applicabili, anche agli appalti sotto soglia, le disposizioni di cui alla parte II del Codice relative agli appalti sopra soglia, ma nei soli limiti in cui esse non sia oggetto di specifica deroga ad opera degli articoli 121 – 126[483]. Si applicano, altresì, indistintamente agli appalti sotto soglia: la parte I (principi e disposizioni comuni); IV (contenzioso); V (disposizioni di coordinamento, finali transitorie – abrogazioni). La complessità delle regole codicistiche è probabilmente il frutto dell'opera di mediazione dal medesimo operata fra l'esigenza di garantire, anche per gli appalti sotto soglia, le regole della trasparenza poste a presidio della concorrenza e quella di snellire e semplificare gli adempimenti procedurali per gli appalti di minore importo.

L'impostazione del Codice si conforma all'orientamento della giurisprudenza comunitaria secondo cui, sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie, le amministrazioni aggiudicatici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato[484]. In verità, per quanto concerne lo specifico profilo in esame, il quadro normativo disegnato dal legislatore del Codice lascia alle stazioni appaltanti minori margini di azione di quanto non consenta lo stesso ordinamento comunitario in materia che, pur sorretto dal principio estensivo di cui sopra, non estende automaticamente agli appalti sotto soglia le regole previste dalla Direttiva, ma ne ancora l'applicabilità al previsto accertamento della "*rilevanza per il mercato interno*" del contratto. L'accertamento del requisito in parola è rimesso all'apprezzamento discrezionale della pubblica amministrazione

---

[483] Ai sensi dell'art. 121: "*Ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si applicano oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV e della parte V, anche le disposizioni della parte II, in quanto non derogate dalle norme del presente titolo*".

[484] *Ex multis* Corte di Giustizia CE del 20.10.2005, C-264/03 par. 32 e 33, *Commission / France* Racc.2005,p.I-8831; *id.* del 3.12.2001 C-59/00; *Vestergaard* in Racc. I-9505, par. 20.

seppur temperato da alcuni criteri di accertamento che la Commissione europea individua rispettivamente: nell'importo dell'appalto, nell'oggetto, nelle particolari caratteristiche del settore e nel luogo geografico di esecuzione del contratto[485].

La scelta di applicare la normativa sulla base della considerazione di un parametro non oggettivamente determinabile (come il valore economico), ma oggetto di valutazione discrezionale ed in quanto tale soggettiva, presenta l'indubbio vantaggio di adattarsi meglio alle peculiarità del caso concreto per quanto presti il fianco al rischio di strumentalizzazioni nonché ad eventuali errori di ponderazione potenzialmente forieri di controversie. Sotto tale aspetto la scelta del legislatore nazionale di ancorare la scelta delle regole da applicare alla soglia di valore del contratto – e dunque ad un parametro determinabile in modo assolutamente oggettivo – pur comportando un'applicazione meccanica delle regole di evidenza pubblica che rischia di estendersi ad appalti privi di "*rilevanza per il mercato interno*", permette di individuare un criterio discretivo certo e, conseguentemente di facile ed immediata applicazione da parte di tutti gli operatori.

Come detto sopra, il Codice distingue sostanzialmente fra appalti di lavori ed appalti di servizi e/o forniture. Per quanto concerne i primi, escluse comunque le pubblicità di ambito sopranazionale, l'art. 122 distingue, ai fini degli adempimenti pubblicitari, due soglie di valore:

1) **appalti d'importo pari o superiore a 500.000 €**. In questo caso la stazione appaltante dovrà procedere a pubblicare il bando di gara sulla G.U.R.I.; sul profilo di committente; sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture (entro due giorni dalla pubblicazione sul profilo di committente) di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n. 20 e sul sito informatico presso l'Osservatorio, con l'indicazione degli estremi di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Gli avvisi e i bandi dovranno essere, altresì, pubblicati, non oltre cinque giorni lavorativi dopo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, per estratto, a scelta della stazione appaltante, su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale

[485] Si veda Commissione europea, comunicazione interpretativa del 23.06.2006 *"Sul diritto comunitario applicabile agli appalti pubblici non soggetti in tutto o in parte alle disposizioni delle direttive comunitarie sugli appalti"*.

ovvero su almeno uno dei quotidiani a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i lavori;

2) **appalti di importo inferiore a 500.000 €**. I bandi sono pubblicati nell'albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori e nell'albo della stazione appaltante; gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione decorrono dalla pubblicazione nell'albo pretorio del Comune. Si applica, comunque, quanto previsto dall'articolo 66, comma 15.

Il Codice individua, poi, una ulteriore soglia di valore, ma che non incide sulle forme e gli adempimenti pubblicitari, ma piuttosto sulle procedure di aggiudicazione esperibili. Difatti l'art. 122, 7° comma, del Codice è statuito che: "*La procedura negoziata e' ammessa, oltre che nei casi di cui agli articoli 56 e 57, anche per lavori di importo complessivo non superiore a centomila euro".* Su tale norma si è detto sopra e non ci si soffermerà se non per rilevare che applicare la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara esclusivamente per il "modesto" valore dell'appalto, prescindendo dall'applicazione delle forme di pubblicità di cui all'art. 122, 5° comma, del Codice, stride fortemente con i principi propugnati dal diritto europeo che, come visto, introduce una nozione di "*contratto rilevante per il mercato interno*" sull'accertamento del quale sarà possibile soprassedere qualora, come accade per gli appalti di cui sopra, siano comunque previste regole a tutela della trasparenza, ma non anche qualora, come nel caso degli appalti d'importo inferiore alla soglia dei 100.000 € tali adempimenti siano aprioristicamente esclusi.

Sulla particolarità della disposizione normativa di cui all'art. 122, 8° comma, del Codice[486] che dà facoltà all'operatore economico di realizzare direttamente, ed a scomputo degli oneri, le sole *opere di urbanizzazione primaria* si è già detto in sede di disamina della questione ed a tale commento si rinvia.

I termini di ricezione delle domande e delle offerte, comunque modificati rispetto a quelli previsti per i contratti sopra soglia, sono riassunti nella tabella che segue tenendo presente che, ove il contratto sia

---

[486] Dispone la norma in esame che: *"Le disposizioni di cui all'articolo 32, comma 1, lettera g)* ***non si applicano*** *alle opere di* ***urbanizzazione primaria*** *di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b) e all'articolo 4, comma 1, della legge 29 settembre 1964, n. 847, correlate al singolo intervento edilizio assentito, per le quali continua ad applicarsi l'articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e successive modificazioni".*

d'importo pari o superiore alla soglia di 500.000 € i termini decorrono dalla data di pubblicazione del bando sulla GURI, mentre ove d'importo inferiore a tale soglia essi decorrono dalla data di pubblicazione del bando sull'albo pretorio.

Tav. 3 I termini per i contratti sotto soglia

	Termini ordinari	**Termini abbreviati all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione**[487]	**Termini abbreviati all'esito delle trasmissioni dei bandi ed accesso ai capitolati per via elettronica**[488]**.**	**Termini abbreviati per procedure d'urgenza**[489]	**Proroga termini nei casi di: 1) mancato tempestiva visione dei capitolati; 2) necessità di visita dei luoghi**[490]	**Termini speciali**[491]
PROCEDURE APERTE	*Offerte per contratti d'importo pari o superiore a 500.000 €:* 26 giorni dalla data di pubblicazione del bando sulla GURI; *Offerte per contratti d'importo inferiore a*	-*Offerte d'importo pari o superiore a 500.000 €:* 18 giorni ridotti al massimo fino ad 11 giorni dalla pubblicazione del bando sulla GURI; *Offerte d'importo*		*Esclusa dall'ambito di operatività ell'art. 122, 6° comma, lett. f)*	*Offerte:* i termini per la ricezione sono formulati in modo adeguato a consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni per	- *Offerte aventi ad oggetto la progettazione esecutiva*: 40 giorni (Art. 122, 6° comma, lett.e); - *Offerte aventi ad oggetto la progettazione definitiva e la*

[487] Avviso facoltativo.

[488] Dispone l'art. 70, 8° comma, che: *"Se i bandi sono redatti e trasmessi per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisati nell'allegato X, punto 3, i termini minimi per la ricezione delle offerte, di cui ai commi 2 e 7, nelle procedure aperte, e il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione di cui al comma 3, nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziate e nel dialogo competitivo, possono essere ridotti di sette giorni."*; a sua volta il successivo 9° comma dispone che: *Se le stazioni appaltanti offrono, per via elettronica e a decorrere dalla pubblicazione del bando secondo l'allegato X, l'accesso libero, diretto e completo al capitolato d'oneri e a ogni documento complementare, precisando nel testo del bando l'indirizzo Internet presso il quale tale documentazione e' accessibile, il termine minimo di ricezione delle offerte di cui al comma 2, nelle procedure aperte, e il termine minimo di ricezione delle offerte di cui al comma 4, nelle procedure ristrette, possono essere ridotti di cinque giorni. Tale riduzione e' cumulabile con quella di cui al comma 8"*. **Il Codice sembrerebbe escludere le riduzioni previste dall'art. 70, 8°comma. Difatti fra le norme richiamate di tale articolo risultano esservi esclusivamente il 1° ed il 10° comma, ma non anche l'8°.**

[489] Ai sensi dell'art. 122, 6° comma, lett. g) del Codice: *"nelle procedure ristrette e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, quando l'urgenza rende impossibile rispettare i termini minimi previsti dal presente articolo, le stazioni appaltanti, purché indichino nel bando di gara le ragioni dell'urgenza, possono stabilire un termine per la ricezione delle domande di partecipazione, non inferiore a quindici giorni dalla data di pubblicazione del bando di gara nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana; e, nelle procedure ristrette, un termine per la ricezione delle offerte non inferiore a dieci giorni, ovvero non inferiore a trenta giorni se l'offerta ha per oggetto anche il progetto esecutivo, decorrente dalla data di invio dell'invito a presentare offerte. Tale previsione non si applica al termine per la ricezione delle offerte, se queste hanno per oggetto anche la progettazione definitiva"*.

[490] Ai sensi dell'art. 70, 10° comma, del D.LGs. n. 163/2006: *"Se, per qualunque motivo, il capitolato d'oneri o i documenti e le informazioni complementari, sebbene richiesti in tempo utile da parte degli operatori economici, non sono stati forniti entro i termini di cui agli articoli 71 e 72, o se le offerte possono essere formulate solo a seguito di una visita dei luoghi o previa consultazione sul posto dei documenti allegati al capitolato d'oneri, i termini per la ricezione delle offerte sono prorogati in modo adeguato a consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla preparazione delle offerte"*.

[491] Si noti che, anche in questo caso la norma fa riferimento, per la decorrenza del termine, alla sola pubblicazione sulla GURI prevista per i soli appalti d'importo pari o superiore ai 500.000 €; se ne desume che, per quanto concerne gli appalti inferiori a tale importo (per i quali – si ricorda – è prevista la sola pubblicazione sull'albo pretorio della stazione appaltante) non sia applicabile la riduzione in questione.

[492] Art. 122, 6° comma, lett. a) del Codice.

	Termini ordinari	**Termini abbreviati all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione**[487]	**Termini abbreviati all'esito delle trasmissioni dei bandi ed accesso ai capitolati per via elettronica**[488]**.**	**Termini abbreviati per procedure d'urgenza**[489]	**Proroga termini nei casi di: 1) mancato tempestiva visione dei capitolati; 2) necessità di visita dei luoghi**[490]	**Termini speciali**[491]
PROCEDURE APERTE	*500.000 €:* 26 giorni dalla data di pubblicazione del bando sull'Albo pretorio della stazione appaltante[492]	*inferiore a 500.000 €:* 18 giorni ridotti al massimo fino ad 11 giorni dalla pubblicazione del bando sull'albo pretorio della stazione appaltante (art. 122, 6° comma, lett. f);			la formulazione delle offerte	*progettazione esecutiva*: 60 giorni (Art. 122, 6° comma, lett. e);
PROCEDURE RISTRETTE	- *Domande per contratti d'importo pari o superiore a 500.000 €:* 15 giorni dalla data di pubblicazione del bando sulla GURI; - *Domande per contratti d'importo inferiore a 500.000 €:* 15 giorni dalla data di pubblicazione del bando sull'albo pretorio della stazione appaltante - *Offerte:* 20 giorni dalla data di invio[493] della lettera di invito (art. 122, 6° comma, lett. *b* e *c*.	Per le procedure ristrette stranamente il 6° comma lett. f) dell'art. 122 nulla prevede in ordine alla riduzione dei termini di presentazione delle offerte nel caso di pubblicazione di avviso preinformativo.		- *Domande:* termine ridotto non inferiore a 15 giorni dalla data di *pubblicazione del bando sulla G.U.R.I.* (art.122, 6° comma lett. g)[494]; - *Offerte*: non inferiore a 10 giorni decorrenti dalla data di invio dell'invito; - *Offerte aventi ad oggetto il solo progetto esecutivo*: non inferiore a trenta giorni decorrenti dalla data di invio dell'invito[495]	*Offerte:* i termini per la ricezione sono formulati in modo adeguato a consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni per la formulazione delle offerte.	- *Offerte aventi ad oggetto la progettazione esecutiva*: 40 giorni dall'invio della lettera di invito; - *Offerte aventi ad oggetto la progettazione definitiva e la progettazione esecutiva*: 60 giorni dall'invio della lettera di invito
PROCEDURE NEGOZIATE CON BANDO	- *Domande per contratti d'importo pari o superiore a 500.000 €:* 15 giorni dalla data di	-*Offerte d'importo pari o superiore a 500.000 €:* 18 giorni ridotti al massimo fino ad 11		*Domande:* termine ridotto non inferiore a 15 giorni dalla data di *pubblicazione del bando*	*Offerte:* i termini per la ricezione sono formulati in modo adeguato a consentire che tutti gli	- *Offerte aventi ad oggetto la progettazione esecutiva*: 40 giorni dall'invio della lettera di

[493] Si noti, a riguardo, che l'art. 122 lascia decorrere il termine di presentazione delle offerte dalla data **di invio** della lettera di invito, ma non da quella **di ricezione** della medesima con il rischio di abbreviare ulteriormente il tempo effettivamente a disposizione degli operatori economici.

[494] Si noti che la norma fa riferimento alla sola pubblicazione del bando sulla GURI che, come noto, è richiesto esclusivamente per gli appalti d'importo pari o superiore ai 500.000 €; se ne desume che, per gli appalti d'importo inferiore a tale soglia **non sono applicabili** le riduzioni previste per i casi di urgenza

[495] Tale previsione non si applica al termine per la ricezione delle offerte, se queste hanno per oggetto anche il progetto definitivo.

	Termini ordinari	**Termini abbreviati all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione**[487]	**Termini abbreviati all'esito delle trasmissioni dei bandi ed accesso ai capitolati per via elettronica**[488]**.**	**Termini abbreviati per procedure d'urgenza**[489]	**Proroga termini nei casi di: 1) mancato tempestiva visione dei capitolati; 2) necessità di visita dei luoghi**[490]	**Termini speciali**[491]
PROCEDURE NEGOZIATE CON BANDO	giorni dalla data di pubblicazione del bando sulla GURI; - *Domande per contratti d'importo inferiore a 500.000 €:* 15 giorni dalla data di pubblicazione del bando sull'albo pretorio della stazione appaltante - *Offerte:* 10 giorni dall'invio dell'invito (art 122, 6° comma, lett. d)	massimo fino ad 11 giorni dalla pubblicazione del bando sulla GURI; *Offerte d'importo inferiore a 500.000 €:* 18 giorni ridotti al massimo fino ad 11 giorni dall'invio dell'invito (art. 122, 6°[496] comma, ett. f);		*pubblicazione del bando sulla G.U.R.I.* (art.122, 6° comma lett. f)[497]; - escluse le riduzioni per la presentazione delle offerte applicabili, ai sensi dell'art. 122, 6° comma, lett. f) alle sole procedure ristrette	consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni per la formulazione delle offerte	dall'invio della lettera di invito; - *Offerte aventi ad oggetto la progettazione definitiva e la progettazione esecutiva*: 60 giorni dall'invio della lettera di invito;
PROCEDURE NEGOZIATE SENZA BANDO	- *Offerte*: viene stabilito dalle stazioni appaltanti nel rispetto del comma 1 dell'articolo 70 e, ove non vi siano specifiche ragioni di urgenza, non può essere inferiore a *dieci giorni* dalla data di invio dell'invito			*Esclusa dall'ambito di operatività dell'art. 122, 6° comma, lett. f) tuttavia si veda per la ricezione delle offerte la lett. d del medesimo 6° comma, art. 126.*	*Offerte:* i termini per la ricezione sono formulati in modo adeguato a consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni per la formulazione delle offerte	- *Offerte aventi ad oggetto la progettazione esecutiva*: 40 giorni dall'invio della lettera di invito; - *Offerte aventi ad oggetto la progettazione definitiva e la progettazione esecutiva*: 60 giorni dall'invio della lettera di invito;
DIALOGO COMPETITIVO	- *Domande per contratti d'importo pari o superiore a 500.000 €:* 15 giorni dalla data di	-*Offerte d'importo pari o superiore a 500.000 €:* 18 giorni ridotti al massimo fino ad 11		*Esclusa dall'ambito di operatività dell'art. 122, 6° comma, lett. f); tuttavia si veda per la*	*Offerte:* i termini per la ricezione sono formulati in modo adeguato a consentire che tutti gli	- *Offerte aventi ad oggetto la progettazione esecutiva:* 40 giorni dall'invio della lettera di

[496] Norma contraddittoria in quanto il termine ridotto (11 giorni) è maggiore di quello ordinario (10 giorni).
[497] Si noti che la norma fa riferimento alla sola pubblicazione del bando sulla GURI che, come noto, è richiesto esclusivamente per gli appalti d'importo pari o superiore ai 500.000 €; se ne desume che, per gli appalti d'importo inferiore a tale soglia non sono applicabili le riduzioni previste per i casi di urgenza.

	Termini ordinari	**Termini abbreviati all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione**[487]	**Termini abbreviati all'esito delle trasmissioni dei bandi ed accesso ai capitolati per via elettronica**[488]**.**	**Termini abbreviati per procedure d'urgenza**[489]	**Proroga termini nei casi di: 1) mancato tempestiva visione dei capitolati; 2) necessità di visita dei luoghi**[490]	**Termini speciali**[491]
DIALOGO COMPETITIVO	pubblicazione del bando sulla GURI; - *Domande per contratti d'importo inferiore a 500.000 €:* 15 giorni dalla data di pubblicazione del bando sull'albo pretorio della stazione appaltante - *Offerte* 10 giorni dall'invio dell'invito (art 122, 6° comma, lett. d);	giorni dalla pubblicazione del bando sulla GURI; *Offerte d'importo inferiore a 500.000 €:* 18 giorni ridotti al massimo fino ad 11 giorni dall' invio dell'invito[498] (art. 122, 6° comma, lett. f);		*ricezione delle offerte la lett. d del medesimo 6° comma, art. 126.*	operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni per la formulazione delle offerte	invito; - *Offerte aventi ad oggetto la progettazione definitiva e la progettazione esecutiva*: 60 giorni dall'invio della lettera di invito;

Fonte: Centro studi Cni, 2006

[498] In verità la norma sembrerebbe contraddittoria in quanto il termine ordinario (ossia in assenza di avviso) richiesto per la presentazione delle offerte è di 10 giorni ossia inferiore rispetto agli 11 imposti alla norma in commento.

Infine, l'art. 122, 9° comma, del Codice, reintroduce per gli appalti sotto-soglia di lavori pubblici, il controverso istituto della esclusione automatica delle offerte anomale, condizionandone l'operatività, però, alla sua esplicita previsione nel bando di gara, nonché alla presenza di almeno cinque concorrenti[499]. È chiaro che tale previsione contrasta con i principi fondamentali affermati dal diritto europeo in materia di libera concorrenza. La Corte di giustizia ha da tempo contestato la prassi, tutta italiana, della esclusione delle offerte esperita in automatico dalla stazione appaltante, in assenza di qualsivoglia richiesta di giustificazione; il fatto che la censura sia ricaduta sulla disciplina degli appalti sopra soglia non esime dal valutarne la precettività anche per quelli sotto soglia, tanto più alla luce dei principi statuiti recentemente dalla Commissione europea[500]. D'altra parte, da tempo, si è desunta dall'articolo 30, n. 4, della Direttiva 93/37/CEE del 14 giugno 1993:

a) l'inammissibilità della esclusione "*automatica*" dalla gara di un'offerta che risulti superiore alla soglia di anomalia;

b) la necessità che la ditta che abbia presentato un'offerta sospettata di anomalia abbia la possibilità di fornire gli opportuni chiarimenti e gli eventuali elementi giustificativi dell'offerta, solo all'esito della cui verifica e valutazione l'amministrazione aggiudicatrice potrà aggiudicare l'appalto;

c) il procedimento in contraddittorio sull'offerta sospettata di anomalia[501].

---

[499] Prevede l'art. 122, 9° comma, che: "*Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86; in tal caso non si applica l'articolo 86, comma 5. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse e' inferiore a cinque; in tal caso si applica l'articolo 86, comma 3*".

[500] Comunicazione *cit.*

[501] Cons. Stato sez. IV - sentenza 6 luglio 2004, n. 5013 in www.lexitalia.it; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. vi - sentenza 27 novembre 2001 - cause riunite c-285/99 - c-286/99 in Racc .2001, p.I-9233.

10.2. La licitazione privata semplificata

L'art. 123 del Codice, recependo con alcune modifiche l'art. 23 della Legge n. 109/1994, disciplina la procedura della *licitazione privata semplificata*, oggi coerentemente definita *procedura ristretta semplificata*. Rispetto alla previgente disciplina il Codice modifica le modalità di formazione dell'elenco e centralizza in capo all'Osservatorio il controllo sul numero delle iscrizioni.

La *ratio* che supporta la previsione normativa è sempre quella dello snellimento e della semplificazione procedurale per gli appalti di minor importo; di contro, però, come sempre accade, tale interesse va attentamente contemperato con quello, di matrice comunitaria e per ciò solo prevalente, della tutela della concorrenza sotto il profilo della trasparenza dell'azione amministrativa in quanto garanzia di apertura alla concorrenza e di equità nello svolgimento della procedura. È dunque importante verificare se le guarentigie procedimentali prospettate per la novellata procedura ristretta semplificata siano in verità proporzionate alla eventuale rilevanza per il mercato interno del contratto medesimo; solo in tale caso se ne potrà prospettare la legittimità a fronte della normativa europea.

La procedura semplificata, facoltativamente applicabile da parte della stazione appaltante per l'aggiudicazione dei soli contratti di lavori pubblici d'importo inferiore ai 750.000 €[502], prevede l'invito diretto rivolto dalla medesima stazione appaltante ad almeno venti operatori economici **individuati fra quelli iscritti negli appositi elenchi predisposti nel rispetto delle modalità di cui al citato art. 123**.

Le stazioni appaltanti saranno tenute a comunicare, tramite avviso da pubblicarsi entro e non oltre il 30 novembre di ogni anno con le modalità dell'avviso preinformativo, i lavori che intenderanno aggiudicare mediante procedura privata semplificata.

Gli operatori economici dovranno, invece, presentare, entro e non oltre il quindici dicembre successivo, domanda di iscrizioni negli appositi elenchi che la stazione appaltante formerà per uno o più dei lavori indicati. Condizioni per il favorevole esame della domanda sono il possesso dei

[502] Si consideri che l'importo, originariamente esteso dallo schema di Codice ad 1.500.000 €, è stato ridimensionato a 750.000 € su parere del Consiglio di Stato che non ha individuato nell'elevazione della soglia di valore una misura semplificatoria coerente con le esigenze di rispetto dei principi del Trattato europeo.

requisiti di qualificazione necessari e l'assenza delle cause di esclusione previsti per l'esecuzione di lavori di pari importo con procedure aperte o ristrette[503]. Rispetto al regime previgente, disciplinato dall'art. 77 del DPR n. 554/99, va rilevata la tassatività dei termini di presentazione delle domande, nel senso che la norma in questione non sembrerebbe ammettere deroghe una volta che sia scaduto il termine ivi previsto del 15 dicembre.

La stazione appaltante procederà, quindi, alla formazione dei relativi elenchi entro il 30 dicembre dello stesso anno, iscrivendovi - automaticamente – tutti i soggetti le cui domande siano regolari anche sotto il profilo dei requisiti richiesti; l'ordine di iscrizione sarà stabilito mediante sorteggio pubblico[504]. Gli operatori economici potranno essere iscritti ad un numero massimo di trenta elenchi tranne i casi in cui siano organizzati in forma di Consorzi ovvero Raggruppamenti temporanei per i quali è previsto un numero massimo di 180 iscrizioni. Da rilevare che, rispetto alla disciplina normativa di cui all'art. 24 della legge 109/1994, il limite massimo è riferito alle *iscrizioni* e non anche alle *domande degli operatori economici*; ne consegue che questi potranno presentare domande di iscrizione anche in numero superiore rispetto a quello consentito dalla Codice, ma comunque sia potranno beneficiare delle iscrizioni nei soli limiti ivi previsti.

Il controllo sul numero di iscrizioni è centralizzato ed è rimesso all'Osservatorio al quale i relativi elenchi dovranno essere inviati e che, ai sensi del comma 14, dell'art. 123 dovrà procedere a verificare mediante adeguato programma informatico, il rispetto del numero massimo di iscrizioni ed a comunicare il superamento del numero massimo alle stazioni appaltanti che hanno proceduto alle iscrizioni che, secondo un ordine cronologico, eccedono il numero massimo. Nell'ipotesi di cui al comma 14, le stazioni appaltanti sono tenute a cancellare dall'elenco gli iscritti nei cui confronti si e' verificato il superamento del numero massimo di iscrizioni, entro venti giorni dalla comunicazione dell'Osservatorio, e previo avviso agli iscritti che possono, entro cinque giorni, rinunciare ad una o più diverse iscrizioni, per rientrare nel numero massimo di iscrizioni. Tutte le modifiche agli elenchi dovranno essere comunicate all'Osservatorio.

---

[503] L'art. 123, 8° comma, del Codice prevede che: *"Ogni domanda di iscrizione deve essere corredata da un'autocertificazione, ai sensi della normativa vigente, con cui il richiedente afferma di essere in possesso dei requisiti di qualificazione necessari e di non trovarsi in nessuna delle cause di esclusione previsti per l'esecuzione di lavori di pari importo con procedure aperte o ristrette".*

[504] Art. 123, 10° comma, del Codice.

L'aggiudicazione della gara avverrà mediante invito formale rivolto dalla stazione appaltante agli operatori economici iscritti nel relativo elenco e nel rispetto della graduatoria previamente determinata; essi non potranno comunque ricevere ulteriore inviti (anche se non aggiudicatari) fino a quando non siano invitati tutti gli altri operatori economici iscritti all'elenco.

In generale, si può considerare la procedura descritta dal legislatore rispettosa dei principi generali imposti dal diritto europeo sia relativamente al profilo dell'apertura della partecipazione alla procedura che per l'imparzialità nell'aggiudicazione del contratto. Difatti la limitazione del numero di candidati da invitare non è di per se stessa vietata dal diritto europeo purché essa avvenga in modo trasparente e non discriminatorio. Fra le "*buone prassi*" rispettose di siffatti criteri, la Commissione[505] prevede proprio quella della redazione dell'elenco di operatori e l'estrazione a sorteggio dell'ordine di priorità della convocazione degli stessi per l'adempimento della prestazione.

Da citare, infine, la norma di cui all'art. 257, 3° comma del Codice che dispone: "*L'articolo 123 si applica a far data dalla formazione dell'elenco annuale per l'anno 2007; per gli elenchi relativi all'anno 2006 e le relative gare, continua ad applicarsi l'articolo 23 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni*".

10.3. Gli appalti di servizi e forniture

L'art. 124 del Codice si preoccupa di disciplinare l'aggiudicazione dei contratti di servizi e forniture pubbliche d'importo inferiore alla soglia comunitaria dei 211.000 €.

Le semplificazioni previste sono sostanzialmente speculari a quelle previste per i lavori pubblici sotto soglia a partire dalla facoltatività dell'avviso di preinformazione e di comunicazione dei risultati della gara.

Vengono meno, gli adempimenti pubblicitari di ordine sopranazionale ed i bandi dovranno essere pubblicati rispettivamente:

1) nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana - serie speciale - contratti pubblici;

[505] Comunicazione del 23.06.2006 *cit.*

2) sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7, con le modalità ivi previste;

3) nell'albo della stazione appaltante.

Gli effetti giuridici connessi alla pubblicità decorreranno comunque dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

Per quanto concerne i termini di ricezione delle domande e delle offerte anche in questo caso, così come per i lavori pubblici, il Codice prevede in via generale l'applicazione dei termini di cui agli artt. 70, commi 1 e 10 nonché 71 e 72 fatte salve le deroghe espressamente contemplate dall'art. 124 e riassunte nella tavola di seguito riportata.

Tav. 4 I termini degli appalti di servizi e forniture sotto soglia

	Termini ordinari	**Termini abbreviati all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione**[506]	**Termini abbreviati all'esito delle trasmissioni dei bandi ed accesso ai capitolati per via elettronica**[507]	**Termini abbreviati per procedure d'urgenza**[508]	**Proroga termini nei casi di: 1) mancato tempestiva visione dei capitolati; 2) necessità di visita dei luoghi**[509]	**Termini speciali**[510]
PROCEDURE APERTE	*Offerte*: 15 giorni dalla data di	- *Offerte*: 10 giorni ridotti al massimo fino		*Esclusa dall'ambito di operatività*	*Offerte:* i termini per la ricezione sono formulati	

[506] Avviso facoltativo.

[507] Dispone l'art. 70, 8° comma, che: *"Se i bandi sono redatti e trasmessi per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisati nell'allegato X, punto 3, i termini minimi per la ricezione delle offerte, di cui ai commi 2 e 7, nelle procedure aperte, e il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione di cui al comma 3, nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziate e nel dialogo competitivo, possono essere ridotti di sette giorni."*; a sua volta il successivo 9° comma dispone che: "*Se le stazioni appaltanti offrono, per via elettronica e a decorrere dalla pubblicazione del bando secondo l'allegato X, l'accesso libero, diretto e completo al capitolato d'oneri e a ogni documento complementare, precisando nel testo del bando l'indirizzo Internet presso il quale tale documentazione e' accessibile, il termine minimo di ricezione delle offerte di cui al comma 2, nelle procedure aperte, e il termine minimo di ricezione delle offerte di cui al comma 4, nelle procedure ristrette, possono essere ridotti di cinque giorni. Tale riduzione e' cumulabile con quella di cui al comma 8"*. **Il Codice sembrerebbe escludere le riduzioni previste dall'art. 70, 8°comma. Difatti fra le norme richiamate dall'art. in commento risultano esservi esclusivamente il 1° ed il 10° comma, ma non anche l'8°.**

[508] Ai sensi dell'art. 124, 6° comma, lett. f) del Codice: *"nelle procedure ristrette e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, quando l'urgenza rende impossibile rispettare i termini minimi previsti dal presente articolo, le stazioni appaltanti, purché indichino nel bando di gara le ragioni dell'urgenza, possono stabilire un termine per la ricezione delle domande di partecipazione, non inferiore a dieci giorni dalla data di pubblicazione del bando di gara nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana; e, nelle procedure ristrette, un termine per la ricezione delle offerte non inferiore a cinque giorni"*.

[509] Ai sensi dell'art. 70, 10° comma, del D.Lgs. n. 163/2006: *"Se, per qualunque motivo, il capitolato d'oneri o i documenti e le informazioni complementari, sebbene richiesti in tempo utile da parte degli operatori economici, non sono stati forniti entro i termini di cui agli articoli 71 e 72, o se le offerte possono essere formulate solo a seguito di una visita dei luoghi o previa consultazione sul posto dei documenti allegati al capitolato d'oneri, i termini per la ricezione delle offerte sono prorogati in modo adeguato a consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla preparazione delle offerte"*.

[510] Si noti che l'art. 124 del Codice non prevede termini speciali nel caso di contratti di appalto aventi ad oggetto progettazioni ed esecuzioni; potrebbe desumersi l'applicazione della norma generale all'uopo prevista nell'art. 70, 6° comma, del Codice; tuttavia tale norma non è stata richiamata dall'art. 124 del Codice che si limita a rinviare esclusivamente ai commi 1° e 10°. Ne consegue che per gli appalti di servizi e forniture d'importo inferiore alla soglia comunitaria non sono previste regole per l'ampliamento dei termini qualora l'offerta comprenda anche progetti di livello definitivo ed esecutivo.

	Termini ordinari	**Termini abbreviati all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione**[506]	**Termini abbreviati all'esito delle trasmissioni dei bandi ed accesso ai capitolati per via elettronica**[507]	**Termini abbreviati per procedure d'urgenza**[508]	**Proroga termini nei casi di: 1) mancato tempestiva visione dei capitolati; 2) necessità di visita dei luoghi**[509]	**Termini speciali**[510]
PROCEDURE APERTE	pubblicazione del bando sulla GURI[511];	a 7 giorni dalla pubblicazione del bando sulla GURI;		*dell'art. 124, 6° comma, lett. f)*	in modo adeguato a consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni per la formulazione delle offerte	
PROCEDURE RISTRETTE	- *Domande:* 7 giorni dalla data di pubblicazione del bando sulla GURI; - *Offerte:* 10 giorni dalla data di invio[512] della lettera di invito (art. 124, 6° comma, lett. b) e c)	Anche per i servizi e le forniture sotto soglia (così come per i lavori sotto soglia) per le procedure ristrette stranamente il 6° comma lett. e) dell'art. 124 nulla prevede in ordine alla riduzione dei termini di presentazione delle offerte nel caso di pubblicazione di avviso preinformativo.		- *Domande:* termine ridotto non inferiore a 10 giorni dalla data di **pubblicazione del bando sulla G.U.R.I.** - *Offerte*: non inferiore a 5 giorni decorrenti dalla data di invio dell'invito;	*Offerte:* i termini per la ricezione sono formulati in modo adeguato a consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni per la formulazione delle offerte	
PROCEDURE NEGOZIATE	- *Domande:* 7 giorni dalla data	- *Offerte*: 10 giorni ridotti al massimo fino		*Domande:* termine ridotto non inferiore a	*Offerte:* i termini per la ricezione sono formulati	

[511] Art. 124, 6° comma, lett. a) del Codice.

	Termini ordinari	**Termini abbreviati all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione**[506]	**Termini abbreviati all'esito delle trasmissioni dei bandi ed accesso ai capitolati per via elettronica**[507]	**Termini abbreviati per procedure d'urgenza**[508]	**Proroga termini nei casi di: 1) mancato tempestiva visione dei capitolati; 2) necessità di visita dei luoghi**[509]	**Termini speciali**[510]
CON BANDO	di pubblicazione del bando sulla GURI; - *Offerte* 10 giorni dall'invio dell'invito (art 124, 6° comma, lett. d);	a 7 giorni dalla pubblicazione del bando sulla GURI;		10 giorni dalla data di **pubblicazione del bando sulla G.U.R.I.** (art.124, 6° comma lett. f); - escluse le riduzioni per la presentazione delle offerte applicabili, ai sensi dell'art. 124, 6° comma, lett. f) alle sole procedure ristrette	in modo adeguato a consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni per la formulazione delle offerte	
PROCEDURE NEGOZIATE SENZA BANDO	- *Offerte*: viene stabilito dalle stazioni appaltanti nel rispetto del comma 1 dell'articolo 70 e, ove non vi siano specifiche ragioni di urgenza, non può essere inferiore *a dieci giorni* dalla data di invio dell'invito				*Offerte:* i termini per la ricezione sono formulati in modo adeguato a consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni per la formulazione delle offerte	

	Termini ordinari	**Termini abbreviati all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione**[506]	**Termini abbreviati all'esito delle trasmissioni dei bandi ed accesso ai capitolati per via elettronica**[507]	**Termini abbreviati per procedure d'urgenza**[508]	**Proroga termini nei casi di: 1) mancato tempestiva visione dei capitolati; 2) necessità di visita dei luoghi**[509]	**Termini speciali**[510]
DIALOGO COMPETITIVO	- *Domande*: 7 giorni dalla data di pubblicazione del bando sulla GURI; - *Offerte:* a discrezione della stazione appaltante ai sensi dell'art. 70, 1° comma e comunque non inferiore a 10 giorni dall'invio dell'invito (art 124, 6° comma, lett. d);	-*Offerte:* 10 giorni ridotti al massimo fino a 7 giorni dalla pubblicazione del bando sulla GURI;			*Offerte:* i termini per la ricezione sono formulati in modo adeguato a consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni per la formulazione delle offerte	

Fonte: Centro Studi Cni, 2006

Anche per quanto concerne gli appalti di servizi e forniture d'importo inferiore alla soglia comunitaria, sono riproposte le regole afferenti all'esclusione automatica delle offerte anomale – peraltro sotto il profilo meramente economico relativo all'elemento prezzo sulla cui legittimità, in particolar sotto il profilo dei principi comunitari, si rinvia a quanto detto in materia di lavori sotto soglia[513].

Per quanto concerne, invece, i requisiti di qualificazione tecnico – economica il Codice rinvia all'emanando regolamento che dovrà procederne a determinarli nel rispetto del principio di semplificazione[514]. La norma solleva chiaramente perplessità in quanto demanda ad una fonte secondaria la determinazione di requisiti che hanno una particolare importanza al fine di garantire l'imparzialità dell'amministrazione aggiudicatrice procedente ancorandone la valutazione a parametri oggettivi, nonché riguardo al profilo della presunzione di idoneità dell'imprenditore qualificato a portare a compimento l'esecuzione della prestazione affidatagli.

V'è di più. La "catena" di abrogazioni innescate dal Codice rende altresì, difficile reperire la fonte normativa che sia *medio tempore* – in attesa del nuovo regolamento – deputata alla individuazione dei requisiti di qualificazione degli operatori economici. La previsione normativa va letta in combinato con l'art. 256 del Codice relativa alla disciplina delle abrogazioni consequenziali alla sua entrata in vigore. In particolare quest'ultima disposizione prevede l'abrogazione dalla sua entrata in vigore non solamente dei D.Lgs. n. 358/92 e 157/1995, ma anche del regolamento approvato con DPR n. 573 del 1994 - *Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di aggiudicazione di pubbliche forniture di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario*. Nel contempo, però, come più volte ricordato, il 5° comma dell'art. 256 precisa che *"Gli altri regolamenti e decreti ministeriali previsti dal presente Codice, ove sono*

---

[513] L'art. 124, 8° comma, del Codice dispone che: *"Quando il criterio di aggiudicazione e' quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86; in tal caso non si applica l'articolo 86, comma 5. Comunque la facoltà di esclusione automatica non e' esercitabile quando il numero delle offerte ammesse e' inferiore a cinque; in tal caso si applica l'articolo 86, comma 3"*.

[514] L'art. 124, 7° comma, del Codice prevede che: *"Il regolamento disciplina, secondo criteri di semplificazione rispetto alle norme dettate dal presente Codice, i requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria che devono essere posseduti dagli operatori economici"*.

destinati a sostituire precedenti regolamenti e decreti ministeriali, elencano le norme abrogate, con decorrenza dalla loro entrata in vigore".

In sintesi, a voler individuare gli atti normativi ai quali fare riferimento per la determinazione dei requisiti di qualificazione degli operatori economici concorrenti all'aggiudicazione di contratti di forniture e servizi d'importo inferiore alla soglia comunitaria, occorrerà rapportarsi alla "vecchia" legge di contabilità dello Stato[515] ed al suo regolamento attuativo[516], nonché al DPR n. 573/94[517] che continuerà a produrre i propri effetti fino all'entrata in vigore del nuovo regolamento.

Sempre con riferimento alle norme abrogate deve essere segnalata, invece, l'abrogazione con effetto immediato (non trattandosi di un atto regolamentare) dell'art. 3, comma 1 – *ter* del D.Lgs. 30.12.1992, n. 502 e successive modifiche[518]; ne consegue che le Aziende sanitarie saranno obbligate, d'ora in avanti, ad applicare le regole pubblicistiche e non più quelle privatistiche dei propri atti costitutivi e/o regolamenti.

10.4 L'affidamento in economia

I sistemi di acquisizione di lavori, servizi e forniture previsti dall'art. 125 del Codice sono rispettivamente:

a) l'acquisizione in economia;

b) il cottimo fiduciario.

La prima, in realtà, configura una modalità autarchica di esecuzione della prestazione e già per questo non accostabile alle "ordinarie" procedure di aggiudicazione se non per la reperibilità esterna, meramente eventuale, dei mezzi ovvero dell'assunzione di personale occorrente all'uopo. Ai sensi dell'art. 125, 3° comma, del Codice: *"Nell'amministrazione diretta le acquisizioni sono effettuate con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale*

---

[515] L. n. 2440/1923.

[516] R.D. n. 827/1924.

[517] Per quanto quest'ultimo sia abbastanza generico sul punto e peraltro riferibile esclusivamente alle forniture.

[518] Ai sensi della norma citata *"Le aziende di cui ai commi 1 e 1- bis informano la propria attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità e sono tenute al rispetto del vincolo di bilancio, attraverso l'equilibrio di costi e ricavi, compresi i trasferimenti di risorse finanziarie. Agiscono mediante atti di diritto privato. I contratti di fornitura di beni e servizi, il cui valore sia inferiore a quello stabilito dalla normativa comunitaria in materia, sono appaltati o contrattati direttamente secondo le norme di diritto privato indicate nell'atto aziendale di cui al comma 1- bis".*

proprio delle stazioni appaltanti, o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento".

Il cottimo fiduciario, di contro, presenta i caratteri tipici dell'evidenza pubblica seppur nella sua forma più affievolita della procedura negoziata[519]; difatti ai sensi del 4° comma dell'art. 126 del Codice: *"Il cottimo fiduciario e' una procedura negoziata in cui le acquisizioni avvengono mediante affidamento a terzi".*

La principale novità che lo schema del Codice intendeva introdurre era l'estensione, da 200.000 a 500.000 €, della soglia di valore dell'appalto per l'operatività dell'acquisto in economia, è stata cassata dal Consiglio di Stato in sede consultiva sulla scorta della condivisibile argomentazione che l'innalzamento delle soglie di valore delle procedure negoziate e/o la previsione di affidamenti diretti non è riconducibile nell'alveo delle misure semplificatorie delegate al Codice dalla Legge n. 62/2005. Di contro esso presuppone scelte ponderate di spettanza del legislatore; in sostanza esorbita dalla delega. Siffatte censure hanno fatto sì che la soglia di valore – seppur con le peculiarità che si andranno di qui a breve a verificare – restassero quelle originarie della normativa pregressa venendo così meno la principale delle novità introdotte dal Codice.

Occorre fin d'ora precisare che, nell'attesa dell'emanazione del regolamento generale di cui all'art. 5, l'esecuzione di lavori, così come l'acquisto di servizi e forniture, in economia restano assoggettate alla disciplina del regolamento generale di cui al DPR n. 554/99 (per i lavori) e di cui al DPR n. 384/2001 (per i servizi e le forniture) in quanto compatibili con le norme del Codice[520].

---

[519] La giurisprudenza è costantemente orientata ad accostare l'istituto del cottimo a quello della procedura negoziata; in questo senso si vedano Corte Conti, Sez. contr. 10.06.1992, n. 39 in C*ons. St.*, 1992, II, 1521; TAR Sicilia, I, 6.3.1989, n. 184 in *T.A.R.*, 1989, I, 2070. In dottrina si vedano A. CIANFLONE, *Appalto di oo.pp.*, *cit.* 459; S. LUCE, *Gli appalti pubblici di lavori nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, Roma, 2004; tuttavia, seppur datato, *contra*, BAFILE *Gare ufficiose e cottimi fiduciari* in *Cons. St.*, 1968, II, 518. Il testo di legge non lascia più spazio a dubbi in merito.

[520] L'art. 253, comma 22, del Codice dispone che: *"In relazione all'articolo 125 (lavori, servizi, forniture in economia) fino alla entrata in vigore del regolamento: a) i lavori in economia sono disciplinati dal decreto del Presidente della Repubblica* **21 dicembre 1999, n. 554,** *nei limiti di compatibilità con le disposizioni del presente Codice;b) le forniture e i servizi in economia sono disciplinati dal decreto del Presidente della Repubblica* ***20 agosto 2001, n. 384****, nei limiti di compatibilità con le disposizioni del presente Codice. Restano altresì in vigore, fino al loro aggiornamento, i provvedimenti emessi dalle singole amministrazioni aggiudicatrici in esecuzione dell'articolo 2 del citato decreto del Presidente della Repubblica n. 384 del 2001".*

Cade, rispetto al previgente regime, l'obbligo di autorizzazione all'acquisto in economia sia esso in amministrazione diretta ovvero in cottimo fiduciario. Difatti l'art. 125 non fa più alcun riferimento circa la necessità di tale atto assentivo che, invece, era espressamente previsto nell'art. 145 del DPR n. 554/99[521]. Tuttavia la perdurante vigenza, ai sensi del citato art. 253, del regolamento del 1999 comporterà, altresì, il persistere dell'obbligatorità del rilascio preventivo di tale atto assentivo.

I **lavori pubblici** potranno essere eseguiti:

- mediante cottimo fiduciario per importi non superiori a 200.000 €;
- mediante amministrazione diretta se d'importo non superiore a 50.000 €.

Sotto il profilo delle procedure di aggiudicazione il Codice, discostandosi dalla previsione del regolamento approvato con il DPR n. 554/99, prevede che:

1) per i lavori aventi un importo compreso fra 40.000 € (valore limite compreso) e 200.000 € (valore limite escluso) la scelta del cottimista dovrà avvenire *"....nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante"*;
2) per lavori di importo inferiore a 40.000 € la stazione appaltante, potrà (*"è consentito"*) procedere all'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.

Una notazione riguarda, chiaramente, il caso *sub* 2) in quanto rappresenta una ulteriore, ed innovativa rispetto al regime previgente, ipotesi di affidamento diretto. Difatti secondo l'art. 144 del DPR n. 554/99 l'affidamento diretto era previsto per i lavori d'importo inferiore ai 20.000 €; l'art. 125 del Codice, dunque, introduce un innalzamento della soglia di

---

[521] Sulla scorta del quale: "*1. Nel caso di lavori di cui all'art. 88, comma 1, nell'ambito delle somme a disposizione dei quadri economici degli interventi compresi nel programma l'autorizzazione è direttamente concessa dal responsabile del procedimento. 2. Nel caso di esigenze impreviste, non dovute ad errori o omissioni progettuali, sopraggiunte nell'ambito di interventi per i quali non è stato disposto un accantonamento per lavori in economia, questi possono essere autorizzati dalla stazione appaltante, su proposta del responsabile del procedimento, nei limiti in precedenza specificati, attingendo dagli accantonamenti per imprevisti o utilizzando le eventuali economie da ribasso d'asta.*

valore che è un'operazione preclusa dalle ristrettezze della delega. **La norma in parola, dunque, deve ritenersi illegittima.**

L'individuazione dei lavori eseguibili, come già prescritto dall'art. 88 del DPR n. 554/99, dovranno essere effettuata da ciascuna amministrazione secondo le proprie specifiche competenze e, comunque, sia, potranno essere altresì realizzate le seguenti lavorazioni[522]:

a) manutenzione o riparazione di opere od impianti quando l'esigenza è rapportata ad eventi imprevedibili e non sia possibile realizzarle con le forme e le procedure previste agli articoli 55, 121, 122;

b) manutenzione di opere o di impianti di importo non superiore a 100.000 euro;

c) interventi non programmabili in materia di sicurezza;

d) lavori che non possono essere differiti, dopo l'infruttuoso esperimento delle procedure di gara;

e) lavori necessari per la compilazione di progetti;

f) completamento di opere o impianti a seguito della risoluzione del contratto o in danno dell'appaltatore inadempiente, quando vi è necessità e urgenza di completare i lavori.

Resta altresì ferma, rispetto al regime previgente di cui all'art. 88 del DPR n. 554/99, la regola dell'obbligatorietà dell'indicazione, da parte della stazione appaltante, nel programma annuale, dell'elenco dei soli lavori eseguibili in economia il cui costo sia preventivabile. Per quanto concerne la previsione di bilancio, cade la regola dell'obbligatoria indicazione della previsione di spesa anche per i lavori il cui costo non sia economicamente stimabile[523].

Relativamente alla qualificazione dei concorrenti, il Codice prevede sia una qualificazione "speciale", ossia relativa alla singola gara specifica, che una qualificazione "generale" attuata mediante il modello degli elenchi di operatori economici. In particolare, l'art. 125, 12° comma dispone che: *"L'affidatario di lavori, servizi, forniture in economia deve essere in*

---

[522] Art. 125, 6° comma, del Codice; per un chiarimento sull'ambito di applicazione dell'art. 88 del DPR n. 554/99, riprodotta pedissequamente dall'art. 125, 6° comma, del Codice, si veda: Autorità vigilanza ll.pp., determinazione 21.02.2001, n. 9.

[523] L'art. 88 DPR n. 554/99 stabilisce, invece, che: "*Nel bilancio di previsione sono tenuti distinti gli stanziamenti per gli interventi da eseguire in economia prevedibili, e quelli per gli interventi non preventivabili. Questi ultimi sono stimati sulla base delle risultanze relative agli esercizi finanziari precedenti".*

possesso dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente. Agli elenchi di operatori economici tenuti dalle stazioni appaltanti possono essere iscritti i soggetti che ne facciano richiesta, che siano in possesso dei requisiti di cui al periodo precedente. Gli elenchi sono soggetti ad aggiornamento con cadenza almeno annuale".

Per quanto concerne, invece, l'acquisto in economia di forniture e servizi il Codice distingue le seguenti soglie:

1) per amministrazioni aggiudicatrici che sono Autorita' governative centrali indicate nell'allegato IV gli acquisti in economia saranno possibili per importi inferiori alla soglia di 137.000 €[524];
2) per tutte le altre Amministrazioni aggiudicatici gli acquisti in economia saranno possibili per importi inferiori alla soglia dei 211.000 €.

Così come per i lavori, anche per gli acquisti di forniture e servizi l'operatività della disciplina normativa è condizionata all'esplicita previsione provvedimentale, operata da parte della stazione appaltante, delle singole voci di acquisto nonché dei limiti di spesa previsti per ciascuna di esse (ovviamente nel rispetto della soglia massima di cui sopra) fatta eccezione per le seguenti ipotesi:

a) risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per conseguire la prestazione nel termine previsto dal contratto;

b) necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso, ivi non previste, se non sia possibile imporne l'esecuzione nell'ambito del contratto medesimo;

c) prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, nella misura strettamente necessaria;

[524] Che rappresenta, poi, la soglia di valore il superamento della quale comporta per le predette Autorità governative centrali l'applicazione della normativa comunitaria ai sensi dell'art. 28, comma, lett. a) del Codice.

d) urgenza, determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale[525].

Anche per quanto concerne gli aspetti procedimentali, fermo restando quanto detto sopra circa la transitoria vigenza del DPR n. 384/2001 e dei relativi provvedimenti amministrativi di previsione delle tipologie e dell'entità delle spese in economia, è possibile distinguere le seguenti procedure:

1) per servizi o forniture di importo pari o superiore a 20.000 euro e fino alle soglie di cui al comma 9 (137.000 e 211.000 euro), l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante;
2) per servizi o forniture <u>inferiori a 20.000 euro</u>, e' consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.

Il Codice, prevede, dunque, un ulteriore caso di affidamento diretto ma, contrariamente a quanto visto per i lavori pubblici e comunque sempre sottolineando l'inopportunità della determinazione dei casi di affidamento diretta ancorata al solo valore della prestazione, in questo caso la previsione è speculare, anzi più restrittiva a quella di cui all'art. 5, 3° comma, del DPR n. 384/2001.

[525] Art. 125, 10° comma, del D.Lgs. n. 163/2006.

11. Le altre disposizioni relative ai lavori pubblici

11.1. Programmazione, direzione lavori e collaudo

Il Titolo in esame disciplina in via residuale e con poche novità di rilievo le regole applicabili esclusivamente al settore dei lavori pubblici.

La questione principale relativa alle norme in materia di programmazione riportate dal Codice afferisce in particolare al riparto della potestà legislativa fra lo Stato e le Regioni; in particolare considerando che i contenuti della programmazione rientrano nell'ambito di competenza del legislatore regionale, solamente i principi fondamentali dettati dall'art. 129 del Codice potranno ritenersi vincolanti per le Regioni.

È stato precisato che "*Nel contesto di una incisiva riforma, la qualifica di fondamentale da attribuire alle norme della nuova disciplina può derivare dal costituire esse un elemento coessenziale alla riforma economico-sociale, in quanto la caratterizzano o formano la base del suo sviluppo normativo. Non tutte le disposizioni, né il loro compiuto tenore letterale, costituiscono "norme fondamentali di riforma economico-sociale" e "principi della legislazione dello Stato", ma solo i nuclei essenziali del contenuto normativo che quelle disposizioni esprimono, per i principi enunciati o da esse desumibili*"[526]. Ciò precisato la Consulta ha avuto modo di chiarire, con argomentazioni che seppur riferibili alla legge n. 109/1994 possono essere comunque estese anche al Codice, che l'art. 14 in materia di programmazione non lede l'autonomia legislativa delle Regioni relativa alla materia dei lavori pubblici in quanto, di fondo, risponde al principio generale della necessità della preventiva esternazione dei bisogni della pubblica amministrazione e delle opere strumentali alla loro soddisfazione senza, peraltro, intaccare la facoltà regionale di prevedere ulteriori ed aggiuntive forme di programmazione e facendo salve quelle allo stato vigenti[527].

---

[526] Corte Cost, del 23.10.1995, n. 482 in www.cortecostituzionale.it

[527] In particolare la Corte Cost. nella sentenza n. 482/95 *cit.* ha precisato che: *"L'art. 14 della legge n. 109 del 1994 innova profondamente la disciplina del settore, predisponendo strumenti ritenuti necessari per indirizzare l'azione amministrativa secondo criteri oggettivi. L'esigenza è quella di determinare le opere pubbliche che possono essere effettivamente e completamente realizzate, in base alle disponibilità finanziarie e secondo un ordine di priorità che si basa sulla valutazione dei costi e dei*

Per la programmazione l'art. 129 del Codice ripropone le medesime norme dell'art. 14 della Legge n. 109/1994 ed in particolare:

- resta immutata la struttura degli atti programmatori nel settore dei lavori pubblici individuati rispettivamente: nel programma triennale aggiornato annualmente e nell'elenco annuale;

- immutate, altresì, le soglie di valore: il lavoro dovrà essere di importo superiore a 100.000 € per essere oggetto di programmazione;

- l'inserimento dei lavori nella programmazione triennale presuppone uno studio di fattibilità mentre l'inserimento nell'elenco annuale richiede sempre uno studio di fattibilità se d'importo inferiore al 1.000.000 di euro ovvero la progettazione di livello preliminare se pari o superiore a tale importo. Fanno eccezione i lavori di manutenzione per i quali sarà sufficiente l'indicazione degli interventi accompagnata dalla stima sommaria dei costi.

Fra le modifiche apportate dal Codice, deve rilevarsi il venir meno dell'inciso di cui al previgente comma 13 dell'art. 14 della legge n. 109/1994 che collegava all'approvazione del progetto definitivo gli effetti della dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza. Si tratta, però, di una modifica formale e non sostanziale in quanto gli effetti di cui sopra sono comunque fatti salvi dalle norme di cui al DPR n. 327/2001[528].

In attesa del Regolamento generale di cui all'art. 5 del Codice, considerando la norma transitoria di cui all'art. 253, 3° comma,

---

benefici. Il metodo della programmazione triennale delle opere pubbliche è, dunque, collegato al rispetto dei principi generali fissati dall'art. 1 della legge. Nei suoi contenuti di principio l'art. 14 non lede competenze delle regioni né ostacola la loro potestà di programmazione. In particolare non impedisce ad esse determinazioni aggiuntive. Difatti il programma dei lavori pubblici non costituisce uno strumento chiuso e statico, giacché lo stesso art. 14 dispone, al comma 7, che le amministrazioni aggiudicatrici possono discostarsi dalle priorità fissate nel programma non solo per gli interventi imposti da eventi imprevedibili e da calamità, ma anche se vi sono modifiche dipendenti da nuove disposizioni di legge o da atti amministrativi, anche a livello regionale. Né il programma di lavori pubblici, configurato dalla disposizione denunciata, esclude gli altri strumenti programmatori già previsti dalla normativa vigente, ai quali la stessa disposizione fa anzi riferimento. La definizione di uno schema tipo di programma triennale, a carattere orientativo, emanato con decreto del Ministro dei lavori pubblici (art. 14, comma 5), risponde all'esigenza di omogeneità ed uniformità nella definizione, nell'acquisizione e nell'elaborazione di elementi conoscitivi e di dati, lasciando integra l'autonomia di determinazione nella programmazione regionale".

[528] In particolare artt. 17 – 19 del DPR n. 327/2001.

continueranno ad applicarsi le norme del DPR n. 554/99 in materia di programmazione (in particolare artt. 11 – 14)[529]. Dovranno ritenersi, altresì, vigenti ai sensi dell'art. 256, 5° comma, fino all'adozione del nuovo D.M. di cui all'art. 128, 11° comma, le norme di cui al D.M. del 2005 che definisce gli schemi degli atti di programmazione e le forme di pubblicità.

L'art. 129 del Codice, invece, ripropone le norme di cui al previgente art. 30, commi 3, 4 e 7 *bis* della legge n. 109/1994 e successive modifiche. In particolare il 1° comma, della norma citata disciplina la "*polizza per l'esecuzione dei lavori*" della quale dovrà munirsi l'esecutore dei lavori in favore della stazione appaltante a copertura dei rischi connessi all'esecuzione della prestazione da qualsiasi causa determinati oltre che garantire le conseguenze risarcitorie connesse ad eventuale responsabilità civile per danni a terzi. Unico elemento di differenza rispetto alla normativa pregressa risiede nella previsione che associa la durata della polizza la rilascio del **certificato di regolare esecuzione** e non più solamente a quello di collaudo provvisorio.

Il 2° ed il 3° comma dell'art. 129 disciplinano, senza variazioni di sorta rispetto alla legge n. 109/1994, le garanzie della "*polizza indennitaria decennale*" e del *performance bond*. All'esito, dunque, della rinnovazione codicistica nulla muta nel quadro delle garanzie rispetto a quanto già previsto dalla legge n. 109 ed in particolare il sistema di garanzie ricomprende:

a) garanzia a corredo dell'offerta (art. 75);

b) garanzia per la stipula del contratto (art. 113);

c) polizza assicurativa, a carico dell'esecutore dei lavori, che tenga indenni le stazioni appaltanti da tutti i rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati, salvo quelli derivanti da errori di progettazione, insufficiente progettazione, azioni di terzi o cause di forza maggiore, e che preveda anche una garanzia di responsabilità civile per danni a terzi nell'esecuzione dei lavori sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o di regolare esecuzione (art. 129, 1° comma);

[529] Peraltro non espressamente abrogate dall'art. 256, 1° comma del Codice. Deve, pertanto, presumersi che le norme in parola troveranno applicazione anche nel nuovo sistema codicistico.

d) una polizza indennitaria decennale, nonché una polizza per responsabilità civile verso terzi[530], della medesima durata, a copertura dei rischi di rovina totale o parziale dell'opera, ovvero dei rischi derivanti da gravi difetti costruttivi a far data dal certificato di collaudo provvisorio ovvero di regolare esecuzione (art. 129, 2° comma);

e) *performance bond* ossia un sistema di garanzia globale di esecuzione operante per i contratti pubblici aventi ad oggetto i lavori di cui possono avvalersi i soggetti di cui all'art. 32, comma 1, lett. a), b) e c).

Nulla quaestio in merito all'art. 130 del Codice che disciplina la direzione lavori riproponendo la medesima disciplina dell'art. 27 della Legge n. 109/1994[531], mentre per quanto concerne i *Piani di sicurezza* l'art. 131 del Codice riprende solo in parte la previgente disciplina di cui all'art. 31 della Legge n. 109/1994, adattandola alla sopravvenuta entrata in vigore del regolamento (previsto dal 1 comma dell'art. 31 della legge) approvato con DPR 3 luglio 2003, n. 222 sui contenuti minimi dei piani di sicurezza nei cantieri temporanei o mobili, in attuazione dell'articolo 31, comma 1, della L. 11 febbraio 1994, n. 109. Difatti il 1° comma, dell'art. 131 prevede che il Governo approvi le modifiche che si rendano necessarie al regolamento recato dal decreto del Presidente della Repubblica 3 luglio 2003, n. 222, in materia di piani di sicurezza nei cantieri temporanei o mobili, in conformità alle direttive comunitarie, e alla relativa normativa nazionale di recepimento.

Rimane fermo il principio dell'obbligatoria indicazione nel bando di gara dei relativi oneri connessi alla sicurezza e della loro specifica non ribassabilità[532] e della previsione della sanzione della nullità dei contratti di appalto e/o concessione qualora privi dei piani di cui al comma 2 dell'art. 131[533]. Da citare, sul punto, la differenza corrente fra la disciplina riservata

---

[530] Per i soli lavori che superino gli importi determinati con Decreto del Ministro delle infrastrutture.

[531] Come detto sopra, la vera novità del Codice è la previsione di una direzione dell'esecuzione del contratto anche per i le prestazioni aventi ad oggetto servizi e forniture.

[532] Art. 131, 3° comma del Codice.

[533] In questi termini l'art. 131, 5° comma, del Codice. L'art. 131, 2° comma, del Codice prevede che: *"Entro trenta giorni dall'aggiudicazione, e comunque prima della consegna dei lavori, l'appaltatore od il concessionario redige e consegna ai soggetti di cui all'articolo 32:a) eventuali proposte integrative del piano di sicurezza e di coordinamento quando quest'ultimo sia previsto ai sensi del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494; b) un piano di sicurezza sostitutivo del piano di sicurezza e di coordinamento quando quest'ultimo non sia previsto ai sensi del decreto legislativo 14 agosto*

ai soli lavori pubblici e quella invece prevista per i servizi e le forniture. Per queste ultime, infatti, non sussiste l'obbligo di indicazione dei relativi oneri di sicurezza nel bando di gara, tuttavia l'art. 87, 5° comma del Codice prevede che, in sede di valutazione dell'anomalia, la stazione appaltante dovrà tenere conto dei costi relativi alla sicurezza specificatamente indicati **nell'offerta (e non nel bando di gara)** i quali dovranno risultare congrui rispetto all'entità ed alle caratteristiche dei servizi e/o delle forniture. Rispetto ai lavori, dunque, i costi della sicurezza non dovranno essere obbligatoriamente indicati dalla stazione appaltante nel bando di gara ed incideranno esclusivamente sulla valutazione della congruità dell'offerta nel senso che, ove il tipo di prestazione ovvero il concorrente intenda apportare particolari misure di sicurezza, esse saranno oggetto della valutazione di congruità da parte della stazione appaltante e, dunque, potranno cagionare l'anomalia dell'offerta presentata ove il ribasso incida irragionevolmente sulle medesime.

Nel caso in cui il contratto di appalto difetti dei piani di cui all'art. 132, comma 2 del Codice esso sarà affetto da nullità[534].

L'art. 132 del Codice, disciplina invece le "*varianti in corso d'opera*" richiamando, pur con alcune modifiche formali, la disciplina normativa di cui all'art. 25 della legge n. 109/1994 e successive modifiche intervenute. Sulla tassatività dei casi di variante si è già detto sopra, sottolineando come essa rappresenti estrinsecazione del principio fondamentale di economicità dell'azione amministrativa che però andrebbe va letto in combinato con l'ulteriore principio fondamentale – che il Codice trascura[535] – della separazione fra progettazione ed esecuzione dei lavori. In sintesi, la

---

1996, n. 494;c) un piano operativo di sicurezza per quanto attiene alle proprie scelte autonome e relative responsabilità nell'organizzazione del cantiere e nell'esecuzione dei lavori, da considerare come piano complementare di dettaglio del piano di sicurezza e di coordinamento quando quest'ultimo sia previsto ai sensi del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, ovvero del piano di sicurezza sostitutivo di cui alla lettera b)".

[534] La nullità sarà applicabile ai soli contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del regolamento di cui al DPR n. 222/2003; dispone in merito l'art. 253, comma 23 del Codice che: "*In relazione all'articolo 131, comma 5, la nullità riguarda i contratti ivi previsti, stipulati dopo l'entrata in vigore del decreto del Presidente della Repubblica 3 luglio 2003, n. 222, senza i prescritti piani di sicurezza; i contratti di appalto o concessione, in corso alla data di entrata in vigore del decreto del Presidente della Repubblica 3 luglio 2003, n. 222, se privi del piano operativo di sicurezza di cui alla lettera c) del comma 2 dell'articolo 131, sono annullabili qualora non integrati con i piani medesimi entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del citato decreto".*

[535] Ovvero, meglio, trascurava prima delle sospensioni operate dalla legge 228/2006.

regolarità e correttezza dell'attività di progettazione era[536], a ragione, considerata dal legislatore del 1994 un presupposto della successiva corretta esecuzione dei lavori progettati; in questo contesto la tassatività dei casi nei quali ammettere le varianti progettuali, va letta nell'ottica di evitare una lievitazione dei costi per l'esecuzione dei lavori, operate mediante artificiose variazioni progettuali dell'intervento medesimo. L'art. 132 del Codice conferma, con lievi modifiche stilistiche[537], le fattispecie di ammissibilità delle varianti di cui al citato art. 25 della legge n. 109/1994; esso, difatti, prevede che: "*Le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentito il progettista e il direttore dei lavori, esclusivamente qualora ricorra uno dei seguenti motivi:*

a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari;

b) per cause impreviste e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal regolamento, o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale;

c) per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale;

d) nei casi previsti dall'articolo 1664, comma 2, del Codice civile;

e) per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; in tal caso il responsabile del

---

[536] E molto probabilmente, continua ad essere considerata tale alla luce delle sospensioni di cui alla legge 228/2006.

[537] Come, ad esempio, quella di cui all'art. 132, comma 2, del Codice che nel ribadire la responsabilità del progettista per i costi connessi alle varianti, recepisce altresì la previsione originariamente inserita nell'ultimo cpv del comma 1-*ter* dell'art. 19 della legge 109/94 secondo cui nel caso di appalto di progettazione ed esecuzione (il "vecchio" appalto – integrato) *"l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo"*. Si tenga presente che la sospensione degli effetti della norma di cui all'art. 53 del Codice (sulle tipologie contrattuali) si ripercuote inevitabilmente su tutte le norme collegate con la conseguenza che la previsione in esame non potrà trovare immediata applicazione .

procedimento ne da' immediatamente comunicazione all'Osservatorio e al progettista".

Il collaudo relativo alle opere ed ai lavori pubblici trova specifica disciplina nell'art. 141 del Codice[538] precedentemente regolamentato dall'art. 28 della Legge n. 109/1994 e dagli artt. 187 – 210 del DPR n. 554/99 i quali ultimi non rientrano fra le norme espressamente abrogate dall'art. 256 del Codice e dunque continueranno a disciplinare l'istituto in esame.

Come noto, la finalità specifica del collaudo è accertare che l'opera e/o i lavori siano conformi a quanto contrattualmente pattuito[539], siano stati realizzati a regola d'arte e che la contabilità dei lavori sia rispondente alle risultanze di fatto. Non rientrano, invece, fra le finalità del collaudo ,l'accertamento che l'opera sia effettivamente rispondente al pubblico interesse per la cui soddisfazione è stata realizzata[540].

L'art. 187, 2° comma, del DPR n. 554/99 precisa, altresì, che: "*Il collaudo comprende anche l'esame delle riserve dell'appaltatore, sulle quali non sia già intervenuta una risoluzione definitiva in via amministrativa, se iscritte nel registro di contabilità e nel conto finale nei termini e nei modi stabiliti dal presente regolamento"*.

Fra le novità di rilievo in materia di collaudo devono segnalarsi:

1. l'estensione della soglia di valore - da 200.000 ECU a 500.000 € - entro cui sostituire il certificato di collaudo provvisorio con quello di regolare esecuzione[541] e conseguentemente anche l'estensione della soglia minima della fascia di valore - da 500.000 € ad un milione di € - entro

---

[538] Si è già visto che il collaudo relativo ai contratti aventi ad oggetto servizi e forniture è, invece, disciplinato dall'art. 120 del Codice.

[539] L'art. 187, 1° comma, del DPR n. 554/99 precisa anche la nozione di esecuzione nel rispetto di quanto contrattualmente prestabilito, ricomprendendovi rispettivamente l'esecuzione rispettosa delle prescrizioni tecniche, delle varianti, dei conseguenti atti di sottomissione e/o aggiuntivi debitamente approvati.

[540] Sul punto A. CIANFLONE, *op. cit.*, 908; G. DE MARZO, *Il collaudo di lavori*, in *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano, 2003, 1495 ss.; tuttavia *contra* , nel senso di ritenere anche tale compito fra le funzioni del collaudatore si veda MUSENGA, *commento all'art. 28*, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici* di CARULLO – CLARIZIA (a cura di), 1994, 559. La giurisprudenza è assolutamente concorde al primo orientamento dottrinario *ex multis* si veda: Cass. civ., Sez. I, 12/05/2004, n.8969 in Mass. Giur. It., 2004; Foro Amm. CDS, 2004, 1314; Cass. 22.06.1971 n. 1962 in *Rass. Avv. St.*, 1971, I, 928; Cons. Stato, Sez. VI, 01/03/1995, n.214 in Foro Amm., 1995, 617.

[541] Art. 141, 3° comma, del Codice.

la quale la stazione appaltante ha facoltà di sostituire il certificato di collaudo con quello di regolare esecuzione;

2. l'estensione a tutte le stazioni appaltanti, ivi comprese quelle che non siano amministrazioni aggiudicatici, di provvedere alla nomina dei componenti la Commissione di collaudo selezionando da uno a tre tecnici di elevata e specifica qualificazione con riferimento al tipo di lavori, alla loro complessità ed all'importo degli stessi[542].

Per il resto, l'art. 141 rinvia al regolamento la fissazione del termine entro il quale deve intervenire il collaudo delle opere, ma *medio tempore* continueranno ad applicarsi le regole di cui agli artt. 187 ss. del DPR n. 554/99 che fissano tale termine entro sei mesi dalla data di ultimazione dei lavori[543].

Il Codice conferma, altresì, la differenza fra collaudo in corso d'opera[544] e collaudo finale; la competenza dei componenti la Commissione proporzionata alla complessità ed all'entità dei lavori da realizzare; il divieto di partecipazione al collaudo di quanti abbiano partecipato alle precedenti fasi (dalla progettazione all'esecuzione) di realizzazione dei lavori ed, infine, l'obbligo – per le sole stazioni appaltanti che siano amministrazioni aggiudicatici – di preferenza del personale interno rispetto a quello esterno per la composizione della Commissione fatta salva la carenza di organico.

---

[542] Art. 141, 4° comma, del Codice. Il precedente art. 28, 4° comma, della L. n. 109/1994 si riferiva esclusivamente alle **amministrazioni aggiudicatici**.

[543] In particolare art. 192, 1° comma, del DPR n. 554/99. La relazione ministeriale al Codice manifesta le difficoltà connesse al rispetto del predetto termine prospettando in sede regolamentare una revisione dello stesso; resta fermo che, *medio tempore,* si applicheranno al collaudo i termini previsti dalla norme di cui al DPR n. 554/99.

[544] Espressamente obbligatorio nei casi di cui all'art. 141, 7° comma, del Codice secondo il quale: "*Fermo quanto previsto dal comma 3, e' obbligatorio il collaudo in corso d'opera nei seguenti casi: a) quando la direzione dei lavori sia effettuata ai sensi dell'articolo 130, comma 2, lettere b) e c); b) in caso di opere di particolare complessità; c) in caso di affidamento dei lavori in concessione; d) in altri casi individuati nel regolamento*". Occorre rilevare in proposito che l'art. 187, 3° comma, del DPR n. 554/99, vigente in quanto non espressamente abrogato, estende i casi in cui il collaudo in corso d'opera deve ritenersi obbligatorio in particolare enunciando dalla lett. d) alla lett. g) i seguenti casi: "*d) nel caso di intervento ai sensi dell'art. 19, comma 1, lettera b), punto 1), della legge; e) nel caso di opere e lavori su beni soggetti alla vigente legislazione in materia di beni culturali e ambientali; f) nel caso di opera o lavoro comprendenti significative e non abituali lavorazioni non più ispezionabili in sede di collaudo finale; g) nei casi di aggiudicazione con ribasso d'asta superiore alla soglia di anomalia determinata ai sensi delle vigenti disposizioni*".

11.2. I termini di adempimento e le cause di rescissione e risoluzione del contratto

Per quanto concerne la fissazione dei termini di adempimento, penali, adeguamenti dei prezzi l'art. 133 del Codice ricalca, seppur con alcune variazioni di fondo, la disciplina di cui all'art. 26 della Legge n. 109/1994 e successive modificazioni, nonché quella delle relative norme regolamentari di cui al DPR n. 554/99 (artt. 109-122).

Fra le novità di rilievo, va citata l'estensione dell'obbligo della stazione appaltante di corrispondere gli interessi – nella misura determinata ai sensi dell'art. 133, 1° comma – nel caso di ritardo nell'emissione dei certificati/mandati di pagamento non solamente degli acconti (come previsto nell'art. 26 della L. n. 109/1994), ma anche della rata di saldo[545]. Dalla relazione ministeriale si evince che tale estensione darebbe copertura normativa primaria alla scelta, attualmente di dubbia legittimità, contenuta nell'art. 116, 2° comma, del DPR n. 554/99[546]. In verità, il collegamento palesato fra norma codicistica e la norma regolamentare non sembra evincersi nella sua immediatezza, sì come pretenderebbe la citata relazione ministeriale, solo che si consideri il diversi tenore letterale delle predette norme. Difatti l'art. 26 della L. n. 109/1994 prima, e l'art. 133, 1° comma, del Codice successivamente, collegano l'obbligo di corresponsione degli interessi alla ritardata emissione dei **certificati di pagamento** da parte della stazione appaltante, mentre l'art. 116, 2° comma, del DPR n. 554/99 collega siffatto obbligo **al tardivo pagamento del saldo**. I due momenti non sembrerebbero né temporalmente né logicamente coincidenti, essendo il primo (emissione del certificato di pagamento) un atto prodromico

---

[545] In particolare l'art. 133, 1° comma dispone che: *"In caso di ritardo nella **emissione dei certificati di pagamento o dei titoli di spesa relativi agli acconti e alla rata di saldo** rispetto alle condizioni e ai termini stabiliti dal contratto, che non devono comunque superare quelli fissati dal capitolato generale, spettano all'esecutore dei lavori gli interessi, legali e moratori, questi ultimi nella misura accertata annualmente con decreto del Ministro delle infrastrutture e del trasporto, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, ferma restando la sua facoltà, trascorsi i termini di cui sopra o, nel caso in cui l'ammontare delle rate di acconto, per le quali non sia stato tempestivamente emesso il certificato o il titolo di spesa, raggiunga il quarto dell'importo netto contrattuale,di agire ai sensi dell'articolo 1460 del Codice civile, ovvero, previa costituzione in mora dell'amministrazione aggiudicatrice e trascorsi sessanta giorni dalla data della costituzione stessa, di promuovere il giudizio arbitrale per la dichiarazione di risoluzione del contratto"*.

[546] In particolare l'art. 116 del DPR n. 554/99, ai commi 1 e 2 dispone che: *"Nel caso di ritardato pagamento delle rate di acconto rispetto ai termini indicati nel capitolato generale o speciale sono dovuti gli interessi a norma dell'art. 26, comma 1, della legge. 2. **I medesimi interessi sono dovuti nel caso di ritardato pagamento della rata di saldo rispetto ai termini previsti dall'art. 28, comma 9, della legge, con decorrenza dalla scadenza dei termini stessi**"*.

all'effettivo pagamento e funzionalmente preordinato a quest'ultimo. La norma regolamentare disciplina dunque una fattispecie distinta rispetto a quella di cui all'art. 133, avente un ambito oggettivo più ampio in quanto sanziona non solamente il ritardo nell'emissione del certificato di pagamento (rata e/o saldo che sia), ma il ritardo nel pagamento della rata ovvero del saldo in favore del committente[547] quale che ne sia la causa. A riprova di quanto detto occorre considerare il diverso termine richiesto per l'adempimento del pagamento della rata di saldo, rispetto a quello di emissione del prodromico certificato di pagamento. Difatti l'art. 116 del regolamento del 1999 faceva già riferimento all'art. 28, 9° comma, della legge n. 109/1994 a mente del quale il pagamento della rata di saldo doveva essere effettuato non oltre il novantesimo giorno dall'emissione del certificato di collaudo provvisorio ovvero del certificato di regolare esecuzione. Tale previsione normativa è stata fatta salva dall'art. 141, 9° comma, del Codice[548].

Nell'art. 133 del Codice resta, invece, fermo il principio generale del "*prezzo chiuso*" non soggetto a revisione[549] fatte salve le eccezioni di cui ai commi 4 – 8 del medesimo articolo che, peraltro, riproducono pedissequamente il testo di cui ai commi 4*bis* – 4 *septies* di cui all'art. 26 della legge n. 109/1994 introdotti dall'art. 1, comma 550 della L. 30.12.2004, n. 311 (Legge finanziaria 2005)[550]. Ai sensi dell'art. 253, 24°

---

[547] In questo senso Trib. Milano, Sez. VII, 15/12/2003, in *Guida al Diritto*, 2004, 15, 81: "*A norma dell'articolo 116 del D.P.R. n. 554 del 1999 (regolamento di attuazione della legge n. 109 del 1994 sui lavori pubblici), il credito dell'appaltatore di lavori pubblici per gli interessi di mora sul corrispettivo dell'opera sorge in virtù del mero ritardo nell'adempimento, senza necessità di formalità ulteriori o atti di messa in mora dell'amministrazione committente*".

[548] Ai sensi di tale disposizione normativa: *"Il pagamento della rata di saldo, disposto previa garanzia fideiussoria, deve essere effettuato non oltre il novantesimo giorno dall'emissione del certificato di collaudo provvisorio ovvero del certificato di regolare esecuzione e non costituisce presunzione di accettazione dell'opera, ai sensi dell'articolo 1666, comma 2, del Codice civile"*.

[549] Art. 133, 2° comma, del Codice secondo cui: "*I lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti non si può procedere alla revisione dei prezzi e non si applica il comma 1 dell'articolo 1664 del Codice civile"*. Per un commento sulla questione del cd "prezzo chiuso" – a dire il vero da sempre controversa - in materia di appalti di lavori pubblici si rinvia a A. CIANFLONE *op. cit.*, 901 ss. in particolare nota (1).

[550] In particolare dispone l'art. 133, commi 4-8 che statuiscono: "*4. In deroga a quanto previsto dal comma 2, qualora il prezzo di singoli materiali da costruzione, per effetto di circostanze eccezionali, subisca variazioni in aumento o in diminuzione, superiori al 10 per cento rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nell'anno di presentazione dell'offerta con il decreto di cui al comma 6, si fa luogo a compensazioni, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il 10 per cento e nel limite delle risorse di cui al comma 7"*.

5. La compensazione è determinata applicando la percentuale di variazione che eccede il 10 per cento al prezzo dei singoli materiali da costruzione impiegati nelle lavorazioni contabilizzate nell'anno solare precedente al decreto di cui al comma 6 nelle quantità accertate dal direttore dei lavori.

comma, del Codice, tali eccezioni si applicano ai lavori eseguiti e contabilizzati a partire del 1° gennaio 2004.

Le vicende contrattuali trovano specifica regolamentazione negli artt. 134, 135 e 136 del Codice, nonché nelle norme di cui al DPR n. 554/99 non abrogate e vigenti nei limiti in cui possano ritenersi compatibili con le norme codicistiche.

Al pari della previgente disciplina, il Codice distingue fra: *rescissione* (art. 134 del Codice – art. 122 DPR n. 554/99) e *risoluzione* a sua volta distinta, a seconda della causa incidente sul sinallagma negoziale, in *risoluzione per reati accertati* (art. 135 del Codice – art. 118 del DPR n. 554/99) e *risoluzione per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo* (art. 136 del Codice – art. 119 DPR n. 554/99).

Preliminarmente va detto che gli istituti in parola conservano la loro sostanziale natura giuridica senza mutamenti di sorta; le novità rispetto al regime previgente concernono in particolare gli adempimenti procedurali.

L'art. 134, 1° comma, del Codice dispone che: "*La stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in*

---

6. Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, entro il 30 giugno di ogni anno, rileva con proprio decreto le variazioni percentuali annuali dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi.
7. Per le finalità di cui al comma 4 si possono utilizzare le somme appositamente accantonate per imprevisti, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, nel quadro economico di ogni intervento, in misura non inferiore all'1 per cento del totale dell'importo dei lavori, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti, nonché le eventuali ulteriori somme a disposizione della stazione appaltante per lo stesso intervento nei limiti della relativa autorizzazione di spesa. Possono altresì essere utilizzate le somme derivanti da ribassi d'asta, qualora non ne sia prevista una diversa destinazione sulla base delle norme vigenti, nonché le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza dei soggetti aggiudicatori nei limiti della residua spesa autorizzata; l'utilizzo di tali somme deve essere autorizzato dal CIPE, qualora gli interventi siano stati finanziati dal CIPE stesso.
8. Le stazioni appaltanti provvedono ad aggiornare annualmente i propri prezzari, con particolare riferimento alle voci di elenco correlate a quei prodotti destinati alle costruzioni, che siano stati soggetti a significative variazioni di prezzo legate a particolari condizioni di mercato. I prezzari cessano di avere validità il 31 dicembre di ogni anno e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 30 giugno dell'anno successivo per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data. In caso di inadempienza da parte dei predetti soggetti, i prezzari possono essere aggiornati dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con le Regioni interessate.

cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite"; esso recepisce con variazioni l'art. 122 del DPR n. 554/99[551].

Riguardo alla sua natura giuridica la giurisprudenza ha da tempo precisato che "*La rescissione del contratto di appalto si distingue, con riferimento alle opere pubbliche, dalla rescissione del contratto in generale (art. 1447 e seg. cod. civ.), per le sue connotazioni pubblicistiche, che ne fanno un mezzo di natura autoritativa, che si sostanzia in un atto amministrativo. Siffatto atto è comunemente ritenuto espressione di autotutela amministrativa, in virtù del quale la PUBBLICA AMMINISTRAZIONE realizza le sue pretese, senza fare prima ricorso alle competenti autorità giudiziarie. Si tratta di potere che, per essere esercitato, deve essere previsto per legge e si deve manifestare nelle forme di legge (e nel rispetto di esse), in considerazione della natura eccezionale dello stesso potere (arg. ex art. 392 e 393 cod. pen.)[552]"*.

Trattasi, in sostanza dell'esercizio da parte dell'amministrazione di un *ius poenitendi*, configurante un diritto potestativo con effetti estintivi "ex nunc" sul rapporto contrattuale, che origina in capo all'appaltatore il diritto al risarcimento (o indennizzo con funzione risarcitoria) a prescindere dalla legittimità o meno del recesso; la condivisione di tale scaturisce sostanzialmente dalle modalità dell'esercizio di tale diritto che è appunto unilaterale e non necessità di espressa accettazione[553] e rinviene la propria *ratio* giustificatrice nell'esigenza dell'amministrazione di soddisfare, comunque sia e dunque anche mediante il recesso contrattuale, gli interessi della collettività tramite la realizzazione dell'intervento. Certamente considerata la consistenza dei poteri sarebbe stato opportuno limitarne l'ambito soggettivo di operatività alle sole amministrazioni aggiudicatici e non alle stazioni appaltanti.

Le novità concernono l'aspetto procedimentale. Difatti l'art. 134 obbliga le stazioni appaltanti a comunicare formalmente all'appaltatore, con preavviso di almeno 20 giorni, la propria volontà di procedere al

---

[551] Il quale, a sua volta, aveva già recepito l'art. 345 della Legge n. 2248/1865.

[552] In questi termini *ex multis*: Cass. civ., sez. I, 23/06/2000, n.8534; id., n. 1642/1998; id, n. 5432/1986 in La Legge, Milano; Cass. civ., Sez. I, 04/02/2000, n.1217 in Giur. Bollettino legisl. tecnica, 2000, 327; Appalti, urbanistica, edilizia, 2001, 269 le quali fanno riferimento anche ad una diversa fattispecie di recesso unilaterale che è quella di cui all'art. 340 della Legge n. 2248/1865 recepita solo parzialmente dall'art. 138 del Codice sul quale *infra*.

[553] T.A.R. Toscana, Sez. I, 29/09/1999, n.249 in Foro Amm., 2000, 1861; *contra* tuttavia, anche se sulla base di una posizione netta, A. CIANFLONE, *op. cit.*, 161 ss. che equipara l'esercizio dello *ius poenitendi* in esame a quello previsto per il committente privato dall'art. 1671 c.c.

recesso unilaterale con l'avvertimento che, una volta decorso tale termine, esse provvederanno a prendere in consegna i lavori ed effettuare il collaudo definitivo[554]. Trattasi di un adempimento, strumentale alle esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa, che si colloca in un rapporto di specialità con l'obbligo generale di comunicazione dell'avvio del procedimento di cui alla legge n. 241/90; obbligo, peraltro, generalmente richiesto anche per i procedimenti di autotutela.

La stazione appaltante potrà trattenere le opere provvisionali e gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili. In tal caso essa sarà tenuta a corrispondere all'appaltatore, per il valore delle opere e degli impianti non ammortizzato nel corso dei lavori eseguiti, un compenso da determinare nella minor somma fra il costo di costruzione e il valore delle opere e degli impianti al momento dello scioglimento del contratto.

Dal recesso si distingue la risoluzione regolamentata dagli artt. 135 e 136 del Codice. L'art. 135 regolamenta i casi di risoluzione per reati accertati già oggetto di regolamentazione da parte dell'art. 118 del DPR n. 554/99. La risoluzione del contratto per questi motivi potrà essere esperita nei casi in cui nei confronti dell'appaltatore vi sia:

a) l'emanazione di un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui all'articolo 3, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423;

b) ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per frodi nei riguardi della stazione appaltante, di subappaltatori, di fornitori, di lavoratori o di altri soggetti comunque interessati ai lavori;

c) sentenza di condanna passata in giudicato per violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro.

La risoluzione non consegue automaticamente al verificarsi delle circostanze di cui sopra; essa presuppone, di contro, un apprezzamento assolutamente discrezionale – tecnico - in merito all'opportunità dell'intervento risolutore alla luce dello stato dei lavori e alle eventuali conseguenze nei riguardi delle finalità dell'intervento. È il caso di

[554] Art. 134, 3° comma, del Codice.

puntualizzare che la matrice tecnica del citato apprezzamento discrezionale è direttamente collegata alla natura – anch'essa tecnica e non politica – dell'organo incaricato della sua esecuzione che è il Responsabile unico del procedimento. Difatti il Rup, titolare di funzioni di carattere tecnico, non potrebbe che valutare la "via" migliore per la soddisfazione dell'interesse pubblico se non sotto tale profilo; trattasi, pertanto, di valutazione che dovrà essere strettamente collegata allo stato di avanzamento del programma di realizzazione dei lavori, ai tempi richiesti per l'ultimazione degli stessi e per l'utilizzazione dell'opera, ma che non potrà estendersi – come avviene nel caso del recesso – alla valutazione circa la permanenza dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'intervento. Tale ipotesi di risoluzione è accostabile a quella prevista per i lavori a cottimo (art. 137 del Codice), ma si differenzia da quella prevista per il grave inadempimento in quanto, in tale ultimo caso, la determinazione della risoluzione contrattuale spetta alla stazione appaltante e non al solo responsabile del procedimento.

Nel caso di positiva determinazione di risoluzione del contratto da parte del responsabile del procedimento questi dispone, con preavviso di venti giorni, che il direttore dei lavori curi la redazione dello stato di consistenza dei lavori già eseguiti, l'inventario di materiali, macchine e mezzi d'opera e la relativa presa in consegna e che, eventualmente si proceda al collaudo di quanto già eseguito[555]. L'appaltatore avrà diritto soltanto al pagamento dei lavori regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto.

L'art. 136 interviene, invece, a disciplinare l'istituto della risoluzione per grave inadempimento già regolamentato dall'art. 119 del DPR n. 554/99 che a sua volta, aveva recepito la previsione normativa di cui all'art. 340 della legge n. 2248/1865 Allegato F. Il primo comma della norma citata prevede che: *"Quando il direttore dei lavori accerta che comportamenti dell'appaltatore concretano grave inadempimento alle obbligazioni di contratto tale da compromettere la buona riuscita dei lavori, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente e che devono essere accreditati all'appaltatore"*. L'istituto in parola, come detto, si differenzia notevolmente da quello sopra descritto di cui all'art. 135 del Codice sia

[555] Art. 138 del Codice.

perché la declaratoria rientra nella competenza della stazione appaltante e non del responsabile del procedimento (che si limita ad un ruolo consultivo) sia perché, conseguentemente, la ponderazione sottesa all'esercizio del potere in questione è di natura eminentemente discrezionale e non tecnica. Non a caso, d'altra parte, il Codice richiama – coerentemente – fra le norme riassunte dall'art. 136 proprio quell'art. 340 della Legge n. 2248/1865 che disciplina l'esercizio di un potere risolutorio nei modi e nei contenuti simile al recesso di cui al citato art. 345 della medesima Legge n. 2248/1865 a tal punto da essere inquadrato come "*recesso*"[556].

Nei casi di cui sopra, su indicazione del responsabile del procedimento il direttore dei lavori formula la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento. Una volta acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dispone la risoluzione del contratto[557].

Nei casi di risoluzione del contratto di appalto disposta dalla stazione appaltante ai sensi degli articoli 135, 136, 137, 138, l'appaltatore dovrà provvedere al ripiegamento dei cantieri già allestiti e allo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze nel termine a tale fine assegnato dalla stessa stazione appaltante; in caso di mancato rispetto del termine assegnato, la stazione appaltante provvede d'ufficio addebitando all'appaltatore i relativi oneri e spese[558].

Finalizzata alla rapida liberazione dei cantieri è altresì la previsione di cui al secondo cpv dell'art. 139 del Codice[559]: "*La stazione appaltante, in alternativa all'esecuzione di eventuali provvedimenti giurisdizionali cautelari, possessori o d'urgenza comunque denominati che inibiscano o ritardino il ripiegamento dei cantieri o lo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze, può depositare cauzione in conto vincolato a favore dell'appaltatore o prestare fideiussione bancaria o polizza assicurativa con le modalità di cui all'articolo 113, comma 2, pari all'uno per cento del*

---

[556] In questi termini da ultimo si veda Cass. civ., Sez. Unite, 05/04/2005, n.6992 in Mass. Giur. It., 2005; Foro Amm. CDS, 2005, 1038.
[557] Art. 136, 2° e 3° comma del Codice.
[558] Art. 139 del Codice.
[559] Che recepisce la previsione di all'art. 5, co. 12, del D.L. n. 35/2005 convertito nella legge 80/2005.

valore del contratto. Resta fermo il diritto dell'appaltatore di agire per il risarcimento dei danni".

La medesima *ratio* supporta l'art. 140 del Codice che ripropone le norme di cui all'art. 5, commi 12*bis, ter, quater* e *quinques* del D.L. n. 35/2005 convertito nella L. n. 80/2005. Essa è volta a consentire alla stazione appaltante, in caso di fallimento dell'aggiudicatario ovvero di risoluzione del contratto per grave inadempimento, di contattare gli altri concorrenti utilmente collocati in graduatoria nella gara di riferimento secondo la relativa posizione e, conseguentemente, di aggiudicare la residua esecuzione della prestazione[560]. Tale scelta è condizionata ad una esplicita previsione nel bando di gara che, peraltro, sembrerebbe obbligatoria alla luce del dettato della norma secondo cui le stazioni appaltanti *"prevedono nel bando di gara"*.

Sempre funzionale alla medesima finalità semplificatoria sono poi le ulteriori previsioni dell'art. 140 in esame che, in caso di fallimento ovvero indisponibilità di tutti gli altri concorrenti, consentono l'affidamento della residua prestazione mediante procedura negoziata ai sensi dell'art. 57 ovvero, qualora la prestazione sia d'importo inferiore alla soglia comunitaria, nel rispetto dei principi della trasparenza ed imparzialità[561].

La norma consente, altresì, l'affidamento mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara ai sensi dell'art. 57, anche qualora, pur disponibili gli altri concorrenti utilmente collocati in graduatoria, i lavori siano già stati realizzati per una percentuale non inferiore al 70 per cento, e l'importo netto residuo degli stessi non superi i tre milioni di euro. In verità la fattispecie delineata dalla norma in esame appare di dubbia legittimità per due ordini di ragioni. Da un lato l'art. 57 è stato sospeso dalla Legge n. 228/2006 cosicché il richiamo operato dall'art. 140 a tale norma dovrebbe ritenersi *tamquam non esset*; dall'altro, anche a voler ritenere vigente tale previsione normativa, l'art. 140 viola la tassattività dei casi di ricorso alla procedura negoziata, proprio come definiti dalla norma invocata.

---

[560] Ai sensi dell'art. 140, 2° comma, del Codice *"L'affidamento avviene alle medesime condizioni economiche già proposte in sede di offerta dal soggetto progressivamente interpellato, sino al quinto migliore offerente in sede di gara"*.

[561] Art. 140, 3° comma del Codice.

12. La concessione di lavori pubblici

12. 1. Natura ed oggetto del contratto

La concessione di lavori pubblici, che rappresenta l'altro strumento (accanto all'appalto) di esecuzione dei lavori pubblici, è un istituto particolarmente controverso a partire, già, dalla individuazione della sua natura giuridica[562].

La natura sostanzialmente "contrattuale" della concessione sembrerebbe un dato oramai acquisito sia sulla scorta della pregressa

[562] Sterminata la dottrina che si è occupata della questione, fra i tanti contributi da citare fra i molti: RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni*, in Gen. It., 1894, IV, 11; Id., Facoltà create delle autorizzazioni e concessioni amministrative, in Riv. It. Sc. Giur., XIX, 1895; FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, 1900, in Studi, I, 369; MINOSSI, La questione di proprietà nelle concessioni di opere pubbliche, Napoli, 1935; DE VALLES, "Concessioni", in N.D.I., III, Torino, 1938, 578 ss.; GALATERIA, Il negozio di concessione amministrativa, Milano, 1942; ROMANO, In tema di concessioni-contratto, FA, 1958, I, II, 333 ss.; VITTA, "Concessioni", in NN.D.I., III, Torino, 1959, 919 ss.; SILVESTRI, "Concessione amministrativa", in Enc. dir., VIII, Milano, 1961, 370 ss.; CAIANIELLO, "Concessioni (Diritto amministrativo)", in NN.D.I. App., II, Torino, 1980, 234 ss.; D'ALBERTI, Le concessioni amministrative, Napoli, 1981; Id., "Concessioni amministrative", in Enc. giur., VII, Roma, 1988; GIANNINI, Diritto amministrativo, II, Milano, 1989, 1085 ss.; SEPE, "Contratti della pubblica amministrazione", in Enc. dir., IX, Milano, 1961, 986 ss.; GALLO, "Contratto di diritto pubblico", in NN.D.I., IV, Torino, 1964, 644 ss.; COLACITO, Il concetto di concessione amministrativa secondo Ranelletti, TAR, 1978, II, 449; PASINI, I beni pubblici e relative concessioni, Torino, 1978; ROEHRSSEN, I contratti della pubblica amministrazione, Bologna, 1979; *id.* Appalto e concessione nel sistema di esecuzione di lavori pubblici, in Rass. lav. pubbl., 1988, 1, 125 ss.; CARNEVALE VENCHI, "Opere pubbliche (ordinamento)", in Enc. dir., XXX, Milano, 1980, 372 ss.; LEONE, Gli appalti del concessionario, in Rass. lav. pubblici, 1987, I, 135; PALLOTTINO, L'istituto della concessione per l'esecuzione e la gestione di opere pubbliche in Italia, in Ente locale e Società , 1987, I, 7 ss.; *id*. Le concessioni nelle nuove direttive sugli appalti pubblici in RGE, 2004, 194 ss.; MARZUOLI, Appalto e concessione di costruzione, FA, 1988, 394 ss.; AZZARITI, L'attività del concessionario di opere pubbliche, in Dir. Proc. Amm., 1990, 394; PELLIZZER, Le concessioni di opera pubblica: caratteri e principi di regime giuridico, Padova, 1990; CANNADA BARTOLI, Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione, FA, 1991, 929; GARRONE, La concessione di opera pubblica negli ordinamenti italiano e comunitario, Torino, 1992; LA ROCCA, La costruzione e la gestione di opere pubbliche in regime di concessione: legislazione, dottrina, giurisprudenza, formulario, Rimini, 1993; PERICU-ROMANO-SPAGNOLO VIGORITA (a cura di), Le concessioni di pubblico servizio, Milano, 1995; CIANFLONE, L'appalto di opere pubbliche, Milano, 1999; ANGELETTI, La riforma dei lavori pubblici, Torino, 2000; CARBONE-CARINGELLA-DI MARZO, L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici: d.p.r. 21-12-1999, n. 554, d.p.r. 25-1-2000, n. 34 e d.m. 19-4-2000, n. 145, Milano, 2000; CARULLO-CLARIZIA, La legge quadro in materia di lavori pubblici, Padova, 2000; Mazzone-Loria, Manuale di diritto dei lavori pubblici, Roma, 2000.

disciplina normativa[563] che del Codice attuale il quale inquadra le concessioni come "*contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente Codice, l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente Codice"*[564].

Sembrerebbe così sanata in via definitiva quella conflittualità originaria corrente fra il legislatore europeo preoccupato di affermare una nozione il quanto più possibile ampia dell'istituto al fine di evitare facili elusioni delle regole dell'evidenza pubblica poste a presidio della concorrenza e l'ordinamento italiano, che sulla base di un substrato normativo e giurisprudenziale particolarmente articolato sul punto, aveva dato luogo ad una pluralità di fattispecie concessorie alcune delle quali (ad es. vedi *la concessione di sola costruzione di oo.pp.* ovvero *concessione di committenza*[565]) contraddistinte proprio dall'elusione delle predette regole dell'evidenza pubblica. D'altra parte la concessione di lavori pubblici presenta una struttura sostanzialmente composita (negoziale–amministrativa), caratterizzata dalla contestuale presenza di un provvedimento amministrativo (concessione) e dal contratto ad essa accessivo[566]. La citata norma del Codice è il risultato del dibattito apertosi sulla questione che ha visto, da un lato, il riconoscimento da parte del legislatore europeo della natura peculiare della "nostra" concessione e

---

[563] In particolare comunitaria a partire dalle Direttive 89/440/CEE del 18.07.1989, passando per la Direttiva 93/37/CE, per arrivare infine alla Direttiva 2004/18/Ce la concessione è definita come fattispecie contrattuale.

[564] Art. 3, comma 11 del Codice.

[565] Sulla concessione di committenza si è già detto nel commento relativo all'art. 33 del Codice. Come visto l'art. 33, 3° comma, ripropone la norma di cui all'art. 19, 3° comma, della Legge n. 109/1994 che vietava la concessione delle funzioni di stazione appaltante se non in favore dei SIIT e delle Amministrazioni provinciali. L'art. 33 ha introdotto anche le centrali di committenza, ma l'inciso è stato sospeso espressamente dalla legge n. 228/2006 fino all'1.2.2007.

[566] Noto il dibattito spiegatosi fra la giurisprudenza amministrativa e quella ordinaria in merito alla natura ed agli effetti della concessione – contratto; in particolare si vedano Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 1996 n. 148, in Foro amm. 1996, 442; Cass., Sez. Un., 29 dicembre 1990 n. 12221, in Riv. trim. appalti 1992, 772, ove si sottolineano le differenze tra la figura in esame e quella dell'appalto; T.A.R. Lombardia, Sez. I, Milano, 12 luglio 1990 n. 441, in T.A.R. 1990, I, 3023.

dall'altro l'affermarsi di un orientamento, oramai consolidato, nella giurisprudenza circa la natura contrattuale dell'istituto concessorio e sul suo assoggettamento alle regole dell'evidenza pubblica[567].

Diverso è chiaramente il discorso sulla potenziale estensione dei mezzi di esecuzione dei contratti pubblici che la normativa europea, adottando l'inciso "*esecuzione con qualsiasi mezzo*", sembrerebbe ampliare, in particolare ad istituti ancora oggi controversi come, ad esempio, il *leasing immobiliare* e il *contratto di acquisto di cosa futura*. Da questo punto di vista l'impostazione restrittiva del legislatore italiano, confermata dal Codice[568], dettata in funzione della tutela della concorrenza, appare del tutto conforme ai principi del Trattato ed espressione di valutazione politiche spettanti al legislatore ed in quanto tali non oggettivamente sindacabili.

Ciò detto, la *concessione di lavori pubblici* si affianca alle altre tipologie della *concessione di servizi* e della *concessione di servizio*

---

[567] E' da ricordare anzitutto, al riguardo, il costante insegnamento della Corte Costituzionale, secondo il quale il riconoscimento dell'ordinamento comunitario e nazionale come reciprocamente autonomi ma coordinati e comuni comporta l'immissione diretta nell'ordinamento interno delle norme comunitarie immediatamente applicabili, che operano direttamente come norme investite di forza e valore di legge, aventi rango primario; con l'ulteriore conseguenza che, in caso di conflitti tra i due ordinamenti per le discrasie normative che sulla stessa materia si determinano, quello comunitario prevale su quello interno, con il relativo effetto di disapplicazione delle norme interne, confliggenti con quelle esterne, da parte dell'amministrazione che intenda porle a fondamento della propria attività amministrativa e da parte del giudice che sia chiamato ad applicarle in giudizio, fermo comunque l'obbligo dello Stato italiano di assicurare l'adempimento degli obblighi comunitari attraverso la conseguente attività di normazione conformativa [C. Cost., 8.6.1994 n. 170; 11.7.19889 n. 389; 2.11.1995 n. 482; 10.11.1999 n. 425; Cons. St., sez. IV, 5.6.1998 n. 918, quest'ultima riferita proprio alla necessità di rispetto delle norme comunitarie in materia di modalità di scelta del contraente ante d. l.vo n. 406]. Il Cons. St., II, nel parere n. 487, del 10.05.2000, in www.giustizia-amministrativa.it precisava che: *"E' pur vero che la trasposizione delle norme comunitarie nell'ordinamento interno non è sempre assoluta ed incondizionata, atteso che il principio di self-executing sancito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte Costituzionale può talvolta trovare un limite nelle peculiarità dell'ordinamento interno (si pensi alla distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo sconosciuta agli altri Paesi membri dell'Unione: cfr. Cons. St., sez. normativa., par. 30.6.1997 n. 49/97), ma questo non è il caso delle concessioni di costruzione e concessione, per le quali non vale nessuna condizione di specificità ordinamentale interna: tant'è che già sotto il vigore della L. n. 584 esse erano state ritenute, dalla giurisprudenza, assoggettabili alla normativa comunitaria sulla procedura di scelta del contraente-concessionario, proprio in virtù dei principi sopra ricordati della esecutività prevalente ed immediata della norma comunitaria e della disapplicazione della disposizione nazionale confliggente [Cons. St., sez. IV, 18.1.1996 n. 54]"* . Negli stessi termini già Cons. St., sez. IV, 18.1.1996 n. 54 in RGE, 1996, I 162.

[568] Seppur con qualche eccezione, peraltro già presente nel previgente sistema normativa, come ad esempio i contratti di sponsorizzazione.

pubblico delineate dalla Commissione europea[569] delle quali, però, quest'ultima non è oggetto di specifica regolamentazione da parte del Codice[570]. Per quanto concerne le caratteristiche strutturali sussistono forti analogie fra le due tipologie concessorie; difatti elemento qualificazione della concessione – tanto più nella prospettiva del Codice - non è l'oggetto della prestazione, ma piuttosto il corrispettivo previsto per la stessa che non è costituito chiaramente dal solo prezzo (come nell'appalto), ma piuttosto dal diritto di gestire l'opera realizzata eventualmente accompagnato dal prezzo[571].

Rispetto alla struttura negoziale tipica dell'appalto (corresponsione del prezzo da solo remunerativo della prestazione), nella concessione di lavori il concessionario avrà il diritto di gestire economicamente l'intervento

---

[569] In particolare nella comunicazione del 29.04.2000. In verità la Commissione si preoccupa di inquadrare l'istituto della concessioni di servizio pubblico limitatamente alla questione delle deroghe consentite dal trattato alle regole dell'evidenza pubblica precisando che (par. 3.1.5): *"Restrizioni alla libera circolazione delle merci, alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi possono essere ammesse soltanto se fondate su una delle giustificazioni di cui agli articoli 30, 45, 46 e 55 (ex 36, 55, 56 e 66) del trattato CE. Per quanto riguarda, in particolare, l'articolo 45, ex 55, (che permette restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi per attività che partecipino, seppure occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri), la Corte ha sottolineato a più riprese(59) "che l'articolo 45 (ex 55) del trattato, ponendo una deroga alla regola fondamentale della libertà di stabilimento, è soggetto a un'interpretazione che limiti la sua portata a quanto è strettamente necessario per tutelare gli interessi che la stessa norma permette agli Stati membri di proteggere". Tale eccezione deve essere limitata unicamente a quelle attività di cui agli articoli 43 e 49 (ex 52 e 59), che, di per sé stesse, comportino una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri. Di conseguenza, la deroga prevista dall'articolo 45 (ex 55) deve essere limitata ai casi in cui il concessionario partecipi direttamente e specificamente all'esercizio dei pubblici poteri.* ***Le attività svolte in virtù di un obbligo o di un'esclusività stabiliti dalla legge o qualificate dalle autorità nazionali come attività di servizio pubblico non formano pertanto automaticamente oggetto di questa deroga. È vero che ogni attività delegata dai pubblici poteri ha, in linea di principio, una connotazione di pubblica utilità, ma ciò non significa che questa attività partecipi necessariamente all'esercizio dei pubblici poteri.*** *La Corte di giustizia, ad esempio, ha ritenuto inapplicabile la deroga dell'articolo 45 (ex 55) nelle seguenti ipotesi: l'autorità pubblica mantiene un controllo sulle attività delegate e dispone di mezzi sufficienti per provvedere alla tutela degli interessi di cui essa è responsabile. Le attività trasferite sono di natura tecnica e, pertanto, estranee all'esercizio dei pubblici poteri. Come sopra precisato, il principio di proporzionalità esige che ogni misura che limiti l'esercizio delle libertà di cui agli articoli 43 e 49 (ex 52 e 59) sia al tempo stesso necessaria e adeguata rispetto agli obiettivi perseguiti(64). Ciò implica, in particolare, che, nella scelta delle misure destinate a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito, lo Stato membro deve privilegiare quelle che comportano i minori ostacoli per l'esercizio di tali libertà. Inoltre, nel quadro della libera prestazione di servizi, lo Stato membro di accoglienza dovrà verificare che l'interesse da salvaguardare non sia già tutelato in virtù delle norme alle quali il candidato è soggetto nello Stato membro in cui esercita normalmente la propria attività".*

[570] Peraltro coerentemente non essendo la concessione di servizio pubblico un vero e proprio contratto di appalto.

[571] L'art. 143, 3° comma, del Codice dispone che: "*La controprestazione a favore del concessionario consiste, di regola, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati".*

realizzato, ma contestualmente assumerà l'alea della buona riuscita dell'operazione che rappresenta, in realtà, il vero elemento qualificante e distintivo (rispetto all'appalto) dell'istituto. Ciò porta a ritenere che anche quando il diritto di gestione sia accompagnato dalla corresponsione di un prezzo questo non potrà appiattire il rischio economico – finanziario connesso alla gestione che, in sostanza, rappresenta un importante elemento distintivo rispetto all'appalto il quale, tanto più nella nuova prospettazione fattane dal Codice, potrebbe avere regolarmente ad oggetto anche l'attività di progettazione.

Rispetto alla disciplina di cui all'art. 19, 2° comma e seguenti della legge n. 109/1994[572], il Codice condiziona la possibilità di prevedere un prezzo integrativo, qualora al concessionario:

1) venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa;

2) ovvero, qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.

La previsione di tali condizioni rinviene la propria *ratio* giustificatrice nell'esigenza di far fronte alla presunta alterazione dei caratteri propri dell'istituto concessorio che si sarebbe verificato lì dove l'automatica dazione del prezzo avrebbe fatto venir meno l'alea economico – finanziaria dell'intervento in capo al concessionario[573]. Tuttavia occorre ricordare che le modifiche apportate al 2° comma, dell'art. 19 della legge n. 109/1994 dalla novella del 2002, erano giustificate dall'esigenza di ampliare l'ambito oggettivo di operatività del *project financing* di cui all'art. 37 *bis*[574] della medesima legge (e dunque il ricorso ai capitali privati); il fatto che il *project financing* sia generalmente collegato ad opere, per cosi dire, "tiepide" ossia a bassa remuneratività, ha allontanato il sistema imprenditoriale dal suo utilizzo tanto da convincere il legislatore a

---

572 Il quale, come noto, dopo le modifiche apportate dalla legge n. 166/2002, lasciava al libero apprezzamento della pubblica amministrazione valutare l'opportunità o meno di prevedere un prezzo ad integrazione della prestazione del concessionario.

573 In questo senso R. DE NICTOLIS, *Il nuovo Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2006, 178.

574 Che, nella prospettazione fattane del legislatore italiano, è tendenzialmente una concessione di lavori pubblici ad iniziativa privata.

concedere una integrazione economica, individuata nel "prezzo"[575], per favorirne l'utilizzo. Sotto tale profilo le restrizioni - se di restrizioni si possa parlare – potrebbero ripercuotersi negativamente sull'istituto del *project*; tuttavia è pur vero che dette condizioni presentano una formulazione di tale genericità da estenderne la portata applicativa. Difatti condizionare la corresponsione dell'integrazione alla circostanza che il prezzo imposto sia inferiore alla somma fra il costo del servizio e l'ordinario utile di impresa vorrebbe dire introdurre un elemento di amplissima discrezionalità, sia per la terminologia adottata[576] sia, perché, l'avverarsi dell'elemento condizionate è strettamente collegato alle caratteristiche organizzative di ciascuna impresa concorrente. Del pari le medesime considerazioni possono spendersi riguardo l'ulteriore elemento condizionante che è, poi, quello del perseguimento dell'equilibrio economico finanziario collegato alla qualità del servizio da prestare, essendo anche in questo caso sia incerta la terminologia[577], sia ampiamente discrezionale la sua individuazione nel caso concreto. Si inserisce in questo contesto, seppur marginalmente in quanto non attiene propriamente al prezzo, anche la previsione di cui all'art. 143, 9° comma, del Codice – che riproduce pedissequamente la previgente formulazione di cui all'art. 19, comma 2 *ter* della legge n. 109/1994 - secondo il quale le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera.

Le integrazioni del Codice, dunque, lasciano aperta la "via" ad una casistica talmente ampia di casi da rendere di fatto generalizzabile il ricorso all'uso incentivante del prezzo integrativo. Ondivaga è, altresì, la previsione di cui all'ultimo cpv del 4° comma, dell'art. 143 secondo cui: *"Nella determinazione del prezzo si tiene conto della eventuale prestazione di beni e servizi da parte del concessionario allo stesso soggetto aggiudicatore, relativamente all'opera concessa, secondo le previsioni del bando di gara"*. Difatti in una concessione i lavori pubblici, l'erogazione

---

[575] Il quale, si ricorda, non dovrà necessariamente consistere nella dazione di una somma di denaro, ma anche nella corresponsione di beni in proprietà ovvero diritto di superficie, permute e così via. Per una ricostruzione dell'istituto sotto il profilo del prezzo (ed in particolare per la distinzione fra opere "fredde", "tiepide" e "calde", si veda F. CARINGELLA, sub art. 37 *bis*, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, 1999.

[576] Cosa si intende per utile di impresa ordinario?

[577] Come principio generale, il servizio erogato ovvero il lavoro realizzato deve essere necessariamente e sempre di **qualità.**

del servizio connesso all'intervento è comunque funzionale alla soddisfazione di un pubblico interesse e, dunque, sempre prestata anche nell'interesse della pubblica amministrazione che sia portatrice della tutela di tali interessi.

Il comma 5° dell'art. 143 precisa che a titolo di prezzo le amministrazioni aggiudicatrici possono cedere in proprietà o in diritto di godimento beni immobili nella propria disponibilità, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, già indicate nel programma di cui all'articolo 128. Si applica l'articolo 53, commi 6, 7, 8, 11, 12.

Per quanto concerne, invece, l'oggetto della prestazione a carico del concessionario, essa consisterà di norma nella predisposizione della progettazione definitiva, progettazione esecutiva e l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità nonché nella realizzazione di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati. Il Codice introduce, però, anche la concessione circoscritta alla sola esecuzione della prestazione, che ricorrerà qualora la stazione appaltante disponga del progetto definitivo ed esecutivo, ovvero del progetto definitivo.

Una notazione di fondo. L'art. 143 fa salve le previgenti previsioni dell'estensione dell'oggetto della concessione anche ai lavori di pubblica utilità, nonché ai lavori strutturalmente e direttamente collegati; tali previsioni sono di particolare importanza per quanto concerne l'ambito oggettivo di operatività del *project finacing*.

Restano invariate le altre regole che caratterizzano l'istituto concessorio. In particolare, per quanto concerne la durata, essa è in via generale fissata nel termine massimo di trent'anni, ferma restando la facoltà della stazione appaltante di prorogare tale termine al fine di assicurare l'equilibrio economico – finanziario degli investimenti del concessionario, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo di cui ai commi 4 e 5 rispetto all'importo totale dei lavori, e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni di mercato. I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-

finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante[578].

L'art. 143, 10° comma, del Codice riproduce, infine, il dettato normativo di cui all'art. 19, comma 2 *quater* della Legge n. 109/1994, riconoscendo al concessionario il diritto di partecipazione alla Conferenza di servizi finalizzata all'esame e all'approvazione dei progetti di competenza, ma senza diritto di voto. Unica differenza rispetto alla norma di cui alla citata previsione *ex* art. 19, è l'esclusione della società di progetto fra i titolari del diritto di partecipazione alla conferenza[579]. In realtà la norma va letta in combinato con l'art. 14 *quinques* della Legge n. 241/90, sì come introdotto dall'art. 12, della legge n. 15/2005 del 12.02.2005, appositamente richiamato nel Codice il quale prevede che "*Nelle ipotesi di conferenza di servizi finalizzata all'approvazione del progetto definitivo in relazione alla quale trovino applicazione le procedure di cui agli articoli 37-bis e seguenti della legge 11 febbraio 1994, n. 109, sono convocati alla conferenza, senza diritto di voto, anche i soggetti aggiudicatari di concessione individuati all'esito della procedura di cui all'articolo 37 -quater della legge n. 109 del 1994, ovvero le società di progetto di cui all'articolo 37-quinquies della medesima legge*".

Non solo, dunque, è ammissibile la convocazione e la partecipazione alla conferenza di servizi della società di progetto, ma del pari, il comma 10 dell'art. 143 risolve anche una ulteriore questione di coordinamento fra le norme della L. n. 109 e quelle della L. 241, consentendo – come visto – espressamente la partecipazione del concessionario alla conferenza che,

---

578 Ai sensi dell'art. 143, 8° comma, del Codice il quale precisa, altresì, che: "*I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dalla stazione appaltante a detti presupposti o condizioni di base, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, quando determinano una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni. In mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dal contratto. Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente*".

579 Dispone l'art. 19, comma 2 *quater* della legge n. 109/1994 che: *"Il concessionario, ovvero la società di progetto di cui all'articolo 37-quater, partecipano alla conferenza di servizi finalizzata all'esame ed alla approvazione dei progetti di loro competenza; in ogni caso essi non hanno diritto di voto"*.

invece, non era (e non è) espressamente autorizzata dall'art. 14, 5° comma, della legge n. 241/90[580].

12. 2. Le procedure di aggiudicazione

Le norme della Parte II, Capo II, Sezione II,che di qui a breve si descriveranno trovano applicazione esclusivamente:

1) per gli appalti d'importo pari o superiore alle soglie comunitarie;

2) per i soli appalti afferenti i settori ordinari di intervento[581];

3) per l'aggiudicazione a terzi di concessione e/o appalti di lavoro da parte di concessionari che siano amministrazioni aggiudicatici in quanto non derogate dal Codice stesso;

4) per l'aggiudicazione a terzi di lavori d'importo superiore alla soglia comunitaria affidati da concessionari che non siano amministrazioni aggiudicatrici.

Rispetto al regime previgente[582] l'aggiudicazione delle concessioni potrà avvenire mediante procedure aperte e ristrette previa pubblicazione di un bando di gara[583]; il criterio di aggiudicazione è esclusivamente quello

---

[580] La quale norma ammette la convocazione della conferenza, ma non dà facoltà di parteciparvi (almeno espressamente); difatti essa prevede che: "*In caso di affidamento di concessione di lavori pubblici la conferenza di servizi è convocata dal concedente ovvero, con il consenso di quest'ultimo, dal concessionario entro quindici giorni fatto salvo quanto previsto dalle leggi regionali in materia di valutazione di impatto ambientale (VIA). Quando la conferenza è convocata ad istanza del concessionario spetta in ogni caso al concedente il diritto di voto".*

[581] L'art. 142, 2° comma, del Codice dispone che: "*Sono escluse dal campo di applicazione del presente Codice, le concessioni affidate nelle circostanze previste dagli articoli 17, 18, 22, 31. Ad esse si applica l'articolo 27".*

[582] Art. 20, 2° comma, della legge n. 109/1994.

[583] Nel rispetto di quanto statuito dall'art. 58 della Direttiva 2004/18/Ce. Rispetto a tale ultima previsione normativa, però, limita la tipologia delle procedure esperibili a quelle aperta e ristretta, mentre la norma europea, purché vi sia la previa pubblicazione del bando di gara ammette anche la procedura negoziata. Discutibile è, altresì l'applicazione della procedura del dialogo competitivo, esperibile nel solo in cui sia inquadrato come **procedura ristretta**, situazione non oggettivamente certa alla luce della definizione di cui all'art. 3, comma 39 del Codice che non definisce il dialogo come procedura ristretta. Pur prescindendo da tale aspetto non si può convenire con quanto affermato da parte della dottrina che riterrebbe il dialogo esperibile anche per la selezione del concessionario in particolare T. PAPARO –G. PASQUINI *Concessioni in gara anche solo l'esecuzione, pf confermata la prelazione"*, Ed. e Terr. *cit.* 64. In verità il Dialogo non può essere utilizzato per la selezione del concessionario in quanto le norme della parte II Titolo I e II (quelli delle procedure) sono richiamato

dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale ultima scelta, che potrebbe apparire restrittiva della libera concorrenza, trova supporto nella considerazione di natura pratica che la complessità della prestazione richiesta al concessionario renderebbe inopportuno il ricorso al criterio del prezzo più basso. Tuttavia preme rilevare che la restrizione dell'oggetto della prestazione alla sola esecuzione della prestazione renderebbe, comunque praticabile il ricorso a tale criterio di aggiudicazione. Per quanto concerne le forme di pubblicità, l'art. 144, 4° comma, del Codice rinvia alla norma generale di cui all'art. 66 del Codice per il bando ed all'art. 70[584] per la ricezione delle domande e delle offerte.

Possono, invece, essere affidati direttamente al concessionario, ossia senza la necessità di ottemperare alle prescrizioni in termini di pubblicità di cui si è detto sopra**, i lavori complementari** purché ricorrano le condizioni previste dall'art. 147 del Codice ed in particolare:

1) che essi non figurino nel progetto inizialmente previsto dalla concessione, né dal contratto iniziale;

2) che siano divenuti indispensabili a seguito di una circostanza imprevista;

3) che non possano essere tecnicamente o economicamente separati dall'appalto iniziale senza gravi inconvenienti per la stazione appaltante;

4) che, quantunque separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento;

5) il cui valore non superi il 50% del valore dell'opera iniziale oggetto della concessione.

Per quanto l'entità della percentuale dei lavori oggetto di affidamento diretto sollevi delle perplessità[585], queste sono sopite dalle stringenti condizioni previste dalla norma in esame che si collegano ad esigenze

---

dal Capo relativo alle concessioni nei **limiti della loro compatibilità**. L'art. 144 tipizza, invece, le procedure esperibili per la scelta del concessionario individuandole nelle procedure aperte e/o ristrette; in sostanza o il dialogo è procedura ristretta ovvero esso non potrebbe essere esperito per la selezione del concessionario.

[584] Con esclusione del comma 9 e del comma 11.

[585] Si veda, in particolare O. FORLENZA *Ampliato il ricorso alla concessione*, in GaD 7/2006, 96.

tangibili ed urgenti del tutto simili a quelle legittimanti l'esperimento delle procedure negoziate.

Analoga, rispetto a quella del regime previgente, è anche la disciplina dell'affidamento di lavori a terzi, da parte del concessionario; sul punto l'art. 146 del Codice, riprendendo quanto già previsto sul punto dall'art. 2, 3° comma, della Legge n. 109/1994, demanda alla Stazione appaltante la facoltà di intimare al concorrente aggiudicatario di procedere o meno all'affidamento a terzi, indicando nel bando di gara la percentuale (comunque non inferiore al 30%) delle lavorazioni affidabili ovvero invitando i concorrenti ad indicare nelle proprie offerte la percentuale delle predette lavorazioni[586]. Il Codice prevede espressamente un'eccezione alla regola di cui sopra, intimando (e non più solo dando facoltà) alle stazioni appaltanti di prevedere l'obbligo del concessionario di affidare a terzi una percentuale minima del 40% dei lavori concessi (e non 30%) e previsti nelle convenzioni già assentite alla data del 30.06.2002 ovvero prorogate alla data del 30.06.2002[587].

In merito alle modalità di affidamento, il Codice distingue le regole applicabili ai concessionari - stazioni appaltanti a seconda che gli stessi siano o meno amministrazioni aggiudicatrici. Nel primo caso, ai sensi dell'art. 148 del Codice in combinato con l'art. 142, 2° comma, dovranno applicarsi, anche alle concessioni ed agli appalti affidati dal concessionario, le regole previste per l'affidamento degli appalti pubblici da parte delle amministrazioni aggiudicatici e, dunque, integralmente le regole del Codice.

Di contro, qualora il concessionario **non sia un'amministrazione aggiudicatrice**, ai sensi del combinato normativo di cui all'art. 149 del Codice e 142, 3° comma, **qualora i lavori affidati siano d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria** egli sarà obbligato a rispettare, ma solo in quanto compatibili, le disposizioni:

---

[586] Dispone in merito l'art. 146 del Codice che: "*Fatto salvo quanto dispone l'art. 147, la stazione appaltante può: a) imporre al concessionario di lavori pubblici di affidare a terzi appalti corrispondenti ad una percentuale non inferiore al 30% del valore globale dei lavori oggetto della concessione. Tale aliquota minima deve figurare nel bando di gara e nel contratto di concessione. Il bando fa salva la facoltà per i candidati di aumentare tale percentuale; b) invitare i candidati a dichiarare nelle loro offerte la percentuale, ove sussista, del valore globale dei lavori oggetto della concessione, che intendono appaltare a terzi*".

[587] Art. 253, comma 25, del Codice.

a) della parte I (principi generali), parte IV (contenzioso), parte V (disposizioni di coordinamento, transitorie e finali),

b) della parte II, titolo I (contratti di rilevanza comunitaria – regole sulla pubblicità), in tema di pubblicità dei bandi (in particolare art. 66), termini delle procedure, requisiti generali e qualificazione degli operatori economici, subappalto, progettazione, collaudo, piani di sicurezza, che non siano specificamente derogate dalla sezione IV del presente capo.

In materia di pubblicità del bando, il concessionario non amministrazione aggiudicatrice dovrà pubblicare il bando secondo le modalità di cui all'art. 66 del Codice[588] e del Regolamento CE 1564/2005 del 7.9.2005, mentre i termini per la ricezione delle domande e delle offerte non potranno essere rispettivamente inferiori a trentasette giorni dalla data di spedizione del bando ed a quaranta dalla data di spedizione del bando ovvero dell'invito a seconda del tipo di procedura.

[588] L'art. 149, 3° comma, del Codice precisa che: "*Fermo quanto disposto dall'articolo 253, comma 25, non si considerano come terzi le imprese che si sono raggruppate o consorziate per ottenere la concessione, ne' le imprese ad esse collegate. Se il concessionario ha costituito una società di progetto, in conformità all'articolo 156, non si considerano terzi i soci, alle condizioni di cui al comma 2 del citato articolo 156*".

13. Il project financing

13. 1. Oggetto e procedure

Il Codice disciplina l'istituto del *project financing* agli artt. 152 – 160, nonché agli artt. 161 e 175 per le sole infrastrutture strategiche riproponendo pressoché pedissequamente la regolamentazione della legge n. 109/1994 e delle sue successive modificazioni, nonché quella di cui all'art. 8 del D.lgs n. 190/2002. In particolare resta ferma, nonostante oggetto già di esplicita censura comunitaria, la regola della prelazione del promotore di cui all'art. 37 *ter* della legge n. 109/1994 ora trasfuso nell'art. 154 ultimo cpv del Codice. Si conferma anche per il *project financing* il *modus operandi* dei compilatori del Codice che individuano le norme di carattere generale comunque applicabili[589]all'istituto, solo in quanto compatibili con le norme previste dallo specifico Capo, Titolo, Sezione e/o articolo[590].

Unica vera novità sostanziale che traspare dalla disamina della disciplina è l'estensione della disciplina di cui al Capo III sul *project financing* ordinario (e non anche quello sulle infrastrutture strategiche) anche ai contratti aventi ad oggetto i servizi condizionandone, però, le modalità operative al regolamento.

---

[589] Per le infrastrutture strategiche anche la legge n. 443/2001.

[590] Ai sensi dell'art. 152 del Codice: "*Alle procedure di affidamento di cui al presente capo si applicano le disposizioni: - della parte I (principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice);- della parte II, titolo III, capo I (programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori);- della parte IV (contenzioso); - della parte V (disposizioni di coordinamento, finali e transitorie). 2. Si applicano inoltre, in quanto non incompatibili con le previsioni del presente capo, le disposizioni del titolo I (contratti di rilevanza comunitaria) ovvero del titolo II (contratti sotto soglia comunitaria) della parte II (contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari), a seconda che l'importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 28, ovvero inferiore".* Del pari l'art. 161, 6° comma, del Codice relativo alla disciplina applicabile ai contratti aventi ad oggetto la realizzazione di infrastrutture strategiche prevede che: "*Salvo quanto previsto dalla legge 21 dicembre 2001, n. 443 e dal presente capo, ai contratti alle opere di cui all'articolo 162, comma 1, si applicano, in quanto non derogate dalla disciplina ivi dettata, le disposizioni:- della parte I (principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice);- della parte II, titolo I (contratti di rilevanza comunitaria);- della parte II, titolo III, capo I (programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori);- della parte II, titolo III, capo II (concessione di lavori pubblici);- della parte II, titolo III, capo III (promotore finanziario e società di progetto);- della parte IV (contenzioso);- della parte V (disposizioni di coordinamento, finali e transitorie)".*

È opportuno chiarire, in via del tutto preliminare, le peculiarità sostanziali e procedurali che connotano l'istituto del *project financing*, sì come disciplinato dagli artt. 152 ss. del Codice nonché dall'art. 99 del D.P.R. n. 554/1999 relativo alla individuazione dei requisiti di qualificazione del promotore.

Come esaurientemente statuito dal 1° comma, dell'art. 153 i soggetti di cui al 2° comma del medesimo articolo "*possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale di cui all'articolo 128, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, tramite contratti di concessione, di cui all'articolo 143, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi*".

Il *project financing* è, dunque, strettamente collegato alla concessione di lavori pubblici che, come detto sopra, concerne la realizzazione della progettazione definitiva, esecutiva nonché dell'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica. Per avviare un'operazione di *project finacing* è necessario, dunque, che l'opera da realizzare sia gestibile economicamente. È proprio dal confronto – inevitabile - fra la previsione normativa di cui all'art. 152 e l'art. 143 del Codice che è possibile chiarire la natura giuridica e l'ambito oggettivo di operatività del *project finacing*. Si è gia fatto cenno al fatto che l'art. 153 circoscrive l'ambito oggettivo di operatività del *project financing* alla sola realizzazione dei lavori pubblici e di pubblica utilità. La summenzionata stretta connessione fra quest'ultimo istituto e la concessione di lavori pubblici impone, però, l'esigenza di relazionarsi altresì, per una esaustiva definizione dell'ambito oggettivo dello strumento in esame, anche all'art. 143 nel quale è prevista l'utilizzazione della concessione oltre che per la realizzazione dei lavori pubblici e di pubblica utilità, anche per i "*lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati……*" . A ciò si deve poi aggiungere quanto disposto dall'art. 156[591] che riconduce all'attività del promotore aggiudicatario della concessione oltre che la realizzazione e gestione di una infrastruttura, anche la "*realizzazione e gestione di un nuovo servizio di pubblica utilità*" .

[591] Che recepisce l'art. 37 – quinquies della citata L. n. 109/1994.

In sostanza, dunque, l'ambito oggettivo di operatività del *project financing* si presenta di gran lunga più ampio rispetto a quanto potrebbe desumersi dalla lettura del solo art. 153 e ricomprende la realizzazione e gestione rispettivamente di:

a) lavori pubblici e di pubblica utilità;

b) lavori direttamente e strutturalmente collegati ai lavori sub lett. a);

c) servizi di pubblica utilità.

Ciò detto il *project financing* si presenta come un istituto sicuramente peculiare rispetto agli ordinari strumenti di realizzazione delle prestazioni pubbliche ed in particolare dei lavori. Nella sua originaria impostazione, esso nasce per consentire la realizzazione di opere pubbliche e/o di pubblica utilità esclusivamente attraverso finanziamenti privati e senza alcun tipo di onere per l'amministrazione aggiudicatrice; in sostanza il privato è chiamato a realizzare l'intervento ed a "coprire" le spese ed i relativi costi con i flussi di cassa positivi scaturenti dalla gestione delle opere realizzate. Il legislatore, però, si è ben presto reso conto che non tutte le opere pubbliche si prestano ad una gestione di tipo imprenditoriale, essendo presenti, soprattutto nel nostro sistema, opere per le quali la funzione sociale è predominante fino al punto da non consentire l'apposizione di tariffe; le prime sono generalmente definite opere "*calde*" le seconde opere "*fredde*". La dottrina ha altresì riconosciuto una ulteriore tipologia di opere - "*tiepide*" - per le quali, pur essendo opponibile la tariffa, essa non sarebbe comunque in grado di generare un flusso di cassa soddisfacente per il promotore; un flusso di cassa, cioè, che lo metta nelle condizioni di "coprire" gli investimenti effettuati. Orbene tale ultima tipologia di opere apre la "via" ad una ipotesi di project financing spurio", espressamente prevista dal legislatore, nel quale la spesa economica per la realizzazione dell'intervento grava, oltre che sul privato, anche sull'amministrazione, in quanto l'intervento economico di quest'ultima rappresenta l'unica via per garantire che la redditività del capitale investito nell'iniziativa sia maggiore del suo costo. Il legislatore nazionale ha, peraltro, espressamente previsto e disciplinato tale ipotesi di intervento della pubblica amministrazione; difatti l'art. 153 del Codice dispone che la realizzazione dell'intervento potrà avvenire con oneri non solo totalmente – come richiederebbe un *project financing* puro – ma anche **solo parzialmente** a carico del promotore. È chiaro, dunque, che quest'ultima ipotesi, introduce la possibilità di un intervento economico da parte della

pubblica amministrazione e consente una notevole flessibilità nella individuazione dei contenuti della proposta; flessibilità strettamente collegata alla individuazione e definizione del "prezzo" che quest'ultima potrà corrispondere al promotore. È proprio il prezzo, dunque, l'elemento intorno al quale ruota la sostenibilità dell'intero progetto; è dunque necessario verificare in cosa tale prezzo possa effettivamente consistere.

Come sottolineato già in sede di disamina dell'istituto concessorio, il prezzo, lungi dall'essere configurabile come "controprestazione", assume piuttosto il carattere di "elemento sinallagmatico accidentale" del rapporto corrente fra la pubblica amministrazione ed il promotore, che la prima corrisponde al secondo, al solo fine di ristabilire l'equilibrio economico finanziario dell'investimento. Orbene, già prima delle modifiche che la Legge n. 166/2002 apportava all'art. 19 della Legge n. 109/1994, la dottrina era giunta alla conclusione che l'art. 37 bis (ed oggi l'art. 153 del Codice) – facendo riferimento all'uso di "*risorse totalmente o parzialmente a carico dei privati*" - avrebbe consentito le forme più svariate di intervento da parte dell'ente pubblico (ad es: concessione del diritto di superficie sulle aree ove il promotore intenderebbe realizzare edifici "privati"; tariffe incentivate; permute di aree, rinuncia o dilazione di oneri; scambio di diritti urbanistici). Di fatto oggi, alla luce del vigente quadro normativo ed in particolare dell'art. 143 del Codice, non vi è più alcun dubbio che il "*prezzo*" non corrisponda necessariamente alla dazione di una somma di denaro, ma ben possa concretare scambi e permute di beni immobili[592].

Con la novella del Codice anche la determinazione dell'oggetto dell'intervento di *project finance* è soggetto ad una forte flessibilità, in quanto potrà contemplare oltre che l'opera "gestibile economicamente" anche i lavori collegati (art. 143) ovvero i lavori connessi ai nuovo servizi di pubblica utilità (art. 156) ovvero, ancora, estendersi ad aree ed altri beni immobili convogliati nell'operazione a titolo di "prezzo" da parte della pubblica amministrazione In sostanza, dunque, la disciplina del *project financing* sembra prospettare una portata operativa dell'istituto la cui definizione ed individuazione è rimessa sostanzialmente alla libera

---

[592] Si veda l'art. 143, 5° comma, del Codice il quale recependo una previsione normativa già vigente all'art. 19 della legge n. 109/1994, dispone che: "*A titolo di prezzo, le amministrazioni aggiudicatrici possono cedere in proprietà o in diritto di godimento beni immobili nella propria disponibilità, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, già indicate nel programma di cui all'articolo 128. Si applica l'articolo 53, commi 6, 7, 8, 11, 12*".

concertazione delle parti. Sembrerebbe, dunque, che tale istituto, con le sue indubbie peculiarità, non si discosti poi tanto da quegli strumenti, oramai noti, che concretano quella forma di urbanistica che, autorevole dottrina, ha definito "consensuale"[593] .

Rispetto alla previgente disciplina legislativa, l'art. 143 del Codice, come già sottolineato, condiziona la possibilità di ricorrere al "prezzo" in presenza di specifiche situazioni generalmente connesse alla necessità di ripristinare l'equilibrio economico – finanziario dell'intervento, nel caso in cui i proventi della gestione dell'opera siano insufficienti. L'art. 153, al 1° comma, richiama espressamente la disciplina dei contratti di concessione di cui all'art. 143 del Codice e, dunque, anche le limitazioni ivi previste per l'erogazione del prezzo.

Le modifiche introdotte alla legge n. 109/1994 e riprese dal Codice, hanno peraltro consentito di chiarire, in via definitiva, l'ulteriore questione circa l'effettiva consistenza del prezzo pubblico che, come noto, nella originaria versione dell'art. 19 della legge n. 109/1994 era limitato al 50 % del valore delle opere da realizzare. L'impasse è stata superata, come detto, dal legislatore nazionale il quale con la legge 1.8.2002, n. 166 (art. 7), nel modificare la Legge n. 109/1994, ha eliminato dal testo di cui all'art. 19 la limitazione del 50% al "prezzo" pubblico.

La complessità degli adempimenti occorrenti per l'implementazione di un project finacing può essere sintetizzata in due fasi distinte: quella della "*promozione di opera pubblica*" e quella del vero e proprio *project finacing*.

Nella prima, regolamentata dagli artt. 153 ss. del Codice[594], l'amministrazione procedente provvede a valutare la proposta presentata (o le proposte presentate) sotto più profili dettagliatamente individuati dalla legge. Di seguito la medesima amministrazione procede all'indizione della gara ristrette per la selezione dei candidati che, nella successiva fase negoziata della procedura, saranno chiamati a confrontarsi con il promotore per l'aggiudicazione della concessione. In particolare l'aggiudicazione del *project finacing* si articola in due fasi distinte: l'una diretta alla selezione dei migliori due competitori da confrontare con il promotore, incentrata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, seguendo le forme

[593] Per tutti P URBANI, *Urbanistica consensuale*, Bologna, 2000.
[594] *Ex* artt. 37 bis, 37 ter 37 quater della Legge n. 109/1994 e s.m.

tipiche procedurali previste dall'art. 143 ivi compresa anche la procedura dell'appalto - concorso[595]; la seconda, invece, riconducibile nell'ambito delle procedure negoziate diretta alla selezione del miglior concorrente al quale aggiudicare la concessione, ferma restando la prelazione del promotore.

Con riferimento a tale ultimo diritto – che consiste nel consentire l'aggiudicazione in favore del promotore anche se questi non ha presentato la migliore offerta, purché si adegui alla migliore offerta - esso è stato oggetto di esplicita censura da parte della Commissione europea in quanto restrittivo della libera concorrenza sotto il profilo della parità di trattamento fra i concorrenti. Il legislatore, già con la legge n. 62/2005, aveva ritenuto di risolvere il conflitto introducendo degli specifici adempimenti pubblicitari a carico della stazione appaltante, che però si sarebbe dovuta limitare ad indicare nell'avviso preliminare la sussistenza di tale diritto in favore del promotore. Già allora il rimedio non appariva effettivamente risolvere il problema sollevato dalla Commissione; l'attribuzione della gara ad un concorrente che non abbia presentato nella competizione la migliore offerta è misura intrinsecamente lesiva della concorrenza, a prescindere dagli adempimenti pubblicitari che la contornano[596]. Tali perplessità concernono anche l'art. 153, 3° comma, del Codice che ripropone, in sostanza, una norma dal medesimo tenore letterale[597].

Proprio riguardo la pubblicazione dell'avviso in questione, l'art. 253, comma 26 del Codice detta una disciplina transitoria riguardo gli avvisi indicativi pubblicati prima della data del 31 gennaio 2005, che non

---

[595] Come noto inserita, dal Codice, nell'ambito delle procedure ristrette.

[596] Risponde alla medesima *ratio*, ad esempio, il divieto di modifica delle offerte da parte dell'aggiudicatario una volta ultimata la gara; quale che siano gli eventuali gravami pubblicitari, comunque trattatasi di un'operazione inammissibile se non svilendo i principi di trasparenza ed imparzialità dei quali l'evidenza pubblica è espressione.

[597] Ai sensi dell'art. 153, 3° comma, del Codice: *"Entro venti giorni dall'avvenuta approvazione dei programmi di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici rendono pubblica la presenza negli stessi programmi di interventi realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica, pubblicando un avviso indicativo, mediante affissione presso la propria sede per almeno sessanta giorni consecutivi, nonché pubblicando lo stesso avviso sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7, con le modalità ivi previste, e sul proprio profilo di committente. Fermi tali obblighi di pubblicazione, le amministrazioni aggiudicatrici hanno facoltà di pubblicare lo stesso avviso facendo ricorso a differenti modalità, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 2 del Codice.* ***L'avviso deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'articolo 154, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte. L'avviso deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall'articolo 155, comma 1, lettera b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti****"*.

contengano l'indicazione espressa del diritto di prelazione distinguendo diversi periodi di riferimento ed in particolare:

1) ove alla data del 28 dicembre 2005 non sia stato pubblicato il bando per la gara prevista dall'art. 155, comma 1, lettera a), le stazioni appaltanti inseriscono, al momento della pubblicazione del bando, l'indicazione espressa del diritto di prelazione a favore del promotore;

2) ove alla data di pubblicazione del citato decreto sia stato pubblicato il bando per la gara prevista dall'articolo 155, comma 1, lettera a), le stazioni appaltanti, nel corso della successiva procedura negoziata prevista dall'articolo 155, comma 1, lettera b), inviano comunicazione formale, con l'indicazione espressa del diritto di prelazione a favore del promotore, unicamente ai soggetti partecipanti alla procedura negoziata.

Gli artt. 156 – 160[598] del Codice, riguardano, invece, più specificatamente il rapporto fra il promotore-concessionario e l'amministrazione aggiudicatrice.

Secondo un orientamento - sicuramente più specifico ma non contrastante con quello summenzionato - ogni operazione di *project finacing* può essere articolata nelle seguenti fasi fondamentali: 1) l'identificazione dell'iniziativa; 2) la realizzazione dell'opera; 3) la gestione economica dell'opera .

La fase sub 1) riguarda la definizione dell'architettura tecnico-progettuale ed economico-finanziaria dell'intervento che si intende realizzare ed in particolare l'identificazione del progetto, la raccolta delle informazioni relative, gli studi di prefattibilità e fattibilità, le risorse finanziarie. È forse superfluo sottolineare che si tratta di adempimenti di fondamentale importanza ai fini della individuazione dei contenuti della proposta e per il successo dell'operazione, in quanto ad essi è strettamente collegata non solamente la sostanziale definizione dell'intervento, ma anche la definizione dei contenuti degli stipulandi accordi contrattuali. Tali elementi vengono compendiati in un documento nella prassi denominato *information memorandum* generalmente integrato da un *term sheet* che

[598] *Ex* artt. artt. 37 quinques – 37 nonies della L. n. 109/1994 e successive modifiche intervenute.

delinea sinteticamente gli aspetti essenziali relativi al finanziamento dell'intervento, nonché da un piano economico finanziario contenente i parametri della redditività dell'iniziativa. Tali documenti sono soggetti ad una verifica da parte dei potenziali finanziatori chiamati a verificarne la concreta fattibilità , nonché ad una verifica da parte dell'istituto di credito al fine del rilascio dell'asseverazione al piano economico-finanziario espressamente richiesta dall'art. 153 del Codice. È chiaro che la "riuscita" di un *project financing* è legata ad una serie di variabili che in sede di predisposizione del progetto vengono attentamente valutate mediante uno studio "*di sensività*" finalizzato ad individuare le "varianti strategiche" ossia quei valori il cambiamento dei quali determinerebbe comunque una consistenze variazione della *performance* del progetto. Tale studio individua, altresì, i limiti entro i quali potranno ritenersi sopportabili le variazioni delle predette varianti strategiche .

Come si è già accennato la ponderazione dei rischi connessi all'operazione da intraprendere incide direttamente anche sul contenuto delle clausole che regolamentano i rapporti negoziali fra le parti; in particolare, come è stato rilevato, la prassi ha consolidato il contenuto di clausole contrattuali dimostratesi efficaci per la copertura dei rischi specifici che ruotano intorno all'operazione . La ripartizione di tali rischi fra i diversi soggetti coinvolti in un'operazione di project finacing assume comunemente la denominazione di *security package* .

La fase sub 2, invece, concerne specificatamente le fasi procedurali di aggiudicazione dell'intervento e di realizzazione dei lavori, mentre la sub 3 riguarda prettamente la gestione dell'opera realizzata ed involge generalmente tutti gli aspetti afferenti allo svolgimento dei diversi rapporti negoziali posti in essere.

L'aggiudicazione in favore del concorrente che sia risultato il migliore offerente all'esito della procedura negoziata ovvero al promotore che abbia eventualmente esercitato il relativo diritto di prelazione comporta l'onere di rimborsare ai concorrenti non aggiudicatari le spese sostenute nei limiti del 2,5% dell'importo dell'intervento, ma nel solo caso in cui l'offerta abbia ad oggetto la progettazione e l'esecuzione[599].

---

[599] Nel solo caso, dunque, in cui la procedura ristretta assuma le caratteristiche della procedura dell'appalto concorso.

Restano immutate, anche nel Codice, le ulteriori peculiarità dell'istituto; in particolare l'art. 156 del Codice disciplina la "società di progetto" (SPV) chiamata - ove costituita[600] - a subentrare in tutti i rapporti fra il concessionario e la pubblica amministrazione senza la necessità di alcuna autorizzazione[601].

[600] Dispone l'art. 156, 1° comma, che: *"Il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l'aggiudicatario ha la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile"*.

[601] Il subentro in questione, dunque, si differenzia dalla cessione del contratto, ma anche dal subentro di cui al successivo art. 159 del Codice (*ex* art. 37 *octies*) che interviene in una fase patologica (e non fisiologica come l'istituto in esame) dell'esecuzione del contratto presupponendo comunque la sussistenza delle condizioni per la risoluzione del medesimo.

Tav. 4 Articolazione delle fasi procedimentali del project financing ad iniziativa privata (promotore)

FASI	CONTENUTO OPERATIVO
1° Fase **INDIVIDUAZIONE DELLE OPERE DA REALIZZARE CON LA PROCEDURA DELLA FINANZA DI PROGETTO** Sub fase a): Inserimento delle opere di P.F. nel Programma Triennale delle OO.PP.	• Acquisizione idee • Analisi del fabbisogno • Prefattibilità tecnica ed economica • Individuazione delle opere
Sub fase b): Acquisizione proposte	• Pubblicazione Avviso Indicativo (art. 153, Codice) • Nomina del Responsabile del Procedimento da parte dell'amministrazione concedente • Ricevimento delle proposte
2° Fase **INDIVIDUAZIONE PROMOTORE E APPROVAZIONE PROPOSTA EX ART. 154 CODICE**	• Analisi e valutazione della fattibilità delle proposte sia dal punto di vista amministrativo, tecnico ed economico • Individuazione della proposta di "pubblico interesse" da parte dell'amministrazione concedente
3° Fase **AGGIUDICAZIONE DELLA CONCESSIONE DI COSTRUZIONE E GESTIONE EX ART.155 CODIC**	• Indizione della gara, prevista all'art. 155 del Codice, da svolgersi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ponendo a base di gara il progetto preliminare
Sub fase a): Preselezione partecipanti	• Acquisizione richieste di partecipazione e analisi dei requisiti richiesti
Sub fase b): Svolgimento gara per l'individuazione delle (due) offerte economicamente più vantaggiose	• Invio Lettera di invito (la lettera di invito deve contenere gli elementi di valutazione delle offerte e le modalità di svolgimento della successiva fase negoziale)
Sub fase c) Procedura negoziata tra il promotore e le (due) offerte economicamente più vantaggiose	• Valutazione delle offerte e individuazione delle prime (due) economicamente più vantaggiose da far competere con il promotore ('licitazione privata ovvero appalto concorso)

FASI	CONTENUTO OPERATIVO
4° Fase: **ESECUZIONE DEL CONTRATTO** Sub fase a): Progettazione definitiva Sub fase b): Progettazione esecutiva Sub fase c): Esecuzione dei lavori Sub fase d): Gestione	• La procedura negoziata viene svolta dalla Commissione di aggiudicazione e tende a verificare,anche sulla base di rilanci migliorativi sotto il profilo esclusivamente economico, quale sia l'offerta migliore fra quella del promotore quella presentata dai concorrenti selezionati nella prima fase di gara. Le modalità di svolgimento della procedura negoziata devono essere rese note nella lettera di invito alla gara. • Il soggetto vincitore, così come obbligatoriamente indicato nel bando di gara, potrà costituire, quindi, la SPV che diventerà concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario • Il contratto di concessione prevede l'obbligo in capo al concessionario di provvedere alla progettazione definitiva, esecutiva alla esecuzione dei lavori e alla gestione dell'opera. • Il concessionario, nei termini stabiliti nel contratto, deve presentare il progetto definitivo all'Amministrazione concedente • Il concessionario, nei termini stabiliti nel contratto, deve presentare il progetto esecutivo all'Amministrazione concedente • Realizzazione opere nei termini stabiliti nel contratto • Applicazione termini contrattuali in merito alla gestione delle opere realizzate

Fonte: Centro studi Cni, 2006

13.2. Il project financing per la realizzazione delle infrastrutture strategiche

Come detto, riguardo al project finance occorre distinguere due procedimenti a seconda che l'opera sia o meno inquadrata quale infrastruttura strategica; riguardo quest'ultimo caso la disciplina speciale è dettata dall'art. 175 del Codice che recepisce l'art. 8 del D.Lgs. n. 190/2002.

La legge n. 443/2001 prevede che l'individuazione delle infrastrutture strategiche sia operata, a mezzo di un programma predisposto dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con i Ministri competenti e le Regioni o Province autonome interessate e che sia inserito, previo parere del CIPE e previa intesa della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, nel Documento di programmazione economico-finanziaria, con l'indicazione dei relativi stanziamenti. Ai sensi dell'art. 163, 2° comma, lett. a) del Codice[602] il Ministero "*promuove e riceve le proposte degli altri Ministeri e delle regioni o province autonome, formulando la proposta di programma da approvare con le modalità previste dalla legge delega; promuove e propone intese quadro tra Governo e singole regioni o province autonome, al fine del congiunto coordinamento e realizzazione delle infrastrutture"*.

È dunque chiaro che, qualora l'opera realizzanda non fosse già inquadrata come "strategica", l'esperimento del *project* dovrà essere preceduto dagli adempimenti di cui sopra.

Ciò detto occorre chiarire che la regolamentazione del *project financing* ad iniziativa privata per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e d'interesse nazionale, trova riferimento normativo negli artt. 161, 6° comma del Codice[603], per quanto

---

[602] Ex art. 2, comma 2, lett. a) D.Lgs n. 190/2002.

[603] Secondo il procedere classico dei redattori del Codice l'art. 161, 6° comma, individua le norme del Codice applicabili anche al *project financing* per le infrastrutture strategiche; in particolare la norma in questione dispone che: ."*Salvo quanto previsto dalla legge 21 dicembre 2001, n. 443 e dal presente capo, ai contratti alle opere di cui all'articolo 162, comma 1, si applicano, in quanto non derogate dalla disciplina ivi dettata, le disposizioni: - della parte I (principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice); - della parte II , titolo I (contratti di rilevanza comunitaria); - della parte II, titolo III, capo I (programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori); - della parte II, titolo III, capo II (concessione di lavori pubblici); - della* parte

concerne la disciplina generale e 175 per quella speciale; la normativa recepisce in particolare le norme di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 190/2002 come modificato dal d.lgs. n. 189 del 17.08.2005, attuativi della l. 443/2001. In realtà la disciplina procedimentale di cui al *project financing* ordinario è ripresa dalla disciplina prevista per le infrastrutture strategiche con alcune modifiche/integrazioni (tempistica - passaggi al CIPE - procedura VIA) così come introdotte dalla legge Obiettivo, nonché dall'art. 165.

In base alle suddette norme, la preparazione dello studio di fattibilità e del progetto preliminare è finanziata dal soggetto privato (proponente) che presenta una proposta alla Pubblica Amministrazione concedente, non più entro il 30 giugno ovvero 31 dicembre (come per il *project financing* ordinario), ma entro un termine che, pur indicato dal Ministero delle Infrastrutture, comunque non potrà essere inferiore ai quattro mesi.

In particolare, ai sensi dell'art. 165, 2° comma, del Codice[604], qualora il soggetto aggiudicatore (amministrazione concedente) intenda sollecitare, per la redazione del progetto preliminare, la proposta di un promotore, ne dà immediata comunicazione al Ministero delle Infrastrutture, ai fini della pubblicazione dell'avviso di cui all'art. 175, , comma 1.

Il **Ministero delle Infrastrutture**, ai sensi del citato art. 175, comma 1, procederà alla pubblicazione, sul sito informatico di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n. 20, nonché nelle Gazzette Ufficiali italiana e comunitaria, della lista delle infrastrutture per le quali il soggetto aggiudicatore ritiene di sollecitare la presentazione di proposte da parte di promotori ai sensi dell'articolo 153, precisando, per ciascuna infrastruttura, il termine non inferiore a quattro mesi entro il quale i promotori possono presentare le proposte nonché l'ufficio competente a riceverle e presso il quale gli interessati possono ottenere le informazioni ritenute utili.

Fermo restando il carattere perentorio del termine di cui sopra (l'art. 175 prevede infatti che "*Il soggetto aggiudicatore non prende in esame le proposte pervenute oltre la scadenza del termine"*) è comunque facoltà del

II, titolo III, capo III (promotore finanziario e società di progetto); - della parte IV (contenzioso); - della parte V (disposizioni di coordinamento, finali e transitorie)".

[604] Ex art. 3, 2° comma, del D.Lgs. n. 190/2002

promotore presentare proposta per opere per le quali non sia stato pubblicato l'avviso nei termini di cui all'articolo 153[605].

La valutazione della proposta da parte dell'amministrazione concedente, avviene nei tempi e nei modi indicati dal Codice (art. 154) in particolare:

- *entro 15 giorni* dalla ricezione della proposta l'Amministrazione concedente deve provvedere a: nominare e comunicare al promotore il responsabile del procedimento; verificare la completezza documentale e richiedere, eventualmente, al promotore delle integrazioni.

- *entro quattro mesi* dalla ricezione della proposta, o in un termine diverso concordato per iscritto tra il responsabile del procedimento e il promotore, la pubblica amministrazione concedente è tenuta a valutare la stessa verificandone la corrispondenza al pubblico interesse.

Successivamente, così come stabilito dalla legge Obiettivo, il CIPE valuta la proposta del promotore, unitamente al progetto preliminare, nei tempi e nei modi di cui all'art. 165[606]. Qualora, ai sensi delle disposizioni nazionali/regionali vigenti, l'opera sia soggetta a valutazione d'impatto ambientale, il progetto preliminare deve comprendere anche tale valutazione[607].

Ove, il CIPE, ritenga di non approvare la proposta, la rimette al soggetto aggiudicatore ai fini dell'eventuale espletamento di una nuova istruttoria o per la realizzazione dell'opera con diversa procedura; in ogni caso, sono rimborsati al promotore i costi della integrazione del progetto richiesta dal soggetto aggiudicatore a norma dell'art. 175 comma 4.

Entro un mese dalla delibera di approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE, la PA concedente indice una gara ai sensi del combinato normativo di cui all'art. 155 del Codice sulle cui caratteristiche si rinvia a quanto detto sopra.

Anche in tale procedura permane il "*diritto di prelazione*" al promotore stabilito dalla legge Merloni.

---

[605] Art. 8.2 dlgs. 190/2002*;*
[606] *Art. 175, 4° comma.*
[607] Ai sensi degli artt. 182 ss. del Codice.

Il soggetto vincitore, così come obbligatoriamente indicato nel bando di gara, potrà costituire, quindi, la SPV che diventerà concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario.

Il concessionario avrà l'obbligo, in base al contratto di concessione, di provvedere alla progettazione definitiva, esecutiva, alla esecuzione dei lavori ed alla gestione dell'opera.

Il progetto definitivo dovrà essere approvato dal CIPE[608]; tale approvazione sostituirà tutte le autorizzazioni occorrenti per la realizzazione dell'intervento ai sensi di quanto previsto dall'art. 166, 5° comma. I termini di approvazione (non superiori a novanta giorni) del progetto e le procedure per le eventuali varianti progettuali sono disciplinate dall'art. 167.

Ai sensi dell'art. 33 dell'allegato XXI del Codice sì come previsto dall'art. 164, il progetto posto a base di gara (preliminare) dovrà essere sottoposto a validazione. In relazione alla natura e complessità dell'opera e delle modalità di affidamento dell'appalto, il responsabile del procedimento può disporre l'effettuazione delle verifiche anche relativamente ad altri livelli di progettazione, pianificando l'attività di verifica in funzione del piano di sviluppo della progettazione e degli adempimenti di approvazione e autorizzazione da parte degli enti di competenza.

Di seguito, si riporta l'articolazione delle fasi procedimentali del *project financing* ad iniziativa privata per la realizzazione delle "infrastrutture strategiche" evidenziando in corsivo le modifiche/integrazioni stabilite dalla legge Obiettivo rispetto al percorso delineato nel precedente paragrafo.

---

[608] Art. 166 Codice

Tav. 5 Articolazione delle fasi procedimentali del project financing ad iniziativa privata per la realizzazione delle "infrastrutture strategiche" (l. obiettivo)

FASI	CONTENUTO OPERATIVO
1° Fase **INDIVIDUAZIONE DELLE OPERE DA REALIZZARE CON LA PROCEDURA DELLA FINANZA DI PROGETTO** *Sub fase a): Inserimento delle opere di P.F. nel Programma Triennale delle OO.PP.*	• Acquisizione idee • Analisi del fabbisogno • Prefattibilità tecnica ed economica • Individuazione delle opere
Sub fase b): Acquisizione proposte	• *Pubblicazione Avviso Indicativo (art. 175 del Codice) da parte del Ministero Infrastrutture sul proprio sito e nella G.U.R.I. (è comunque facoltà del promotore presentare proposta per opere per le quali non sia stato pubblicato l'avviso nei termini di cui all'articolo 153 del Codice)* • Nomina del Responsabile del Procedimento da parte dell'amministrazione concedente • Ricevimento delle proposte
2° Fase **INDIVIDUAZIONE PROMOTORE E APPROVAZIONE PROPOSTA EX ART. 154 Ed ART. 175 DEL CODICE**	• Analisi e valutazione della fattibilità delle proposte sia dal punto di vista amministrativo, tecnico ed economico • Individuazione della proposta di "pubblico interesse" da parte dell'amministrazione concedente • *Valutazione/Approvazione della proposta da parte del CIPE, integrata, qualora necessario ai sensi delle disposizioni nazionali/regionali vigenti, da valutazione d'impatto ambientale.* • *Ove, il CIPE, ritenga di non approvare la proposta, la rimette al soggetto aggiudicatore ai fini dell'eventuale espletamento di una nuova istruttoria o per la realizzazione dell'opera con diversa procedura*
3° Fase **AGGIUDICAZIONE DELLA CONCESSIONE DI COSTRUZIONE E GESTIONE EX ART. 155 CODICE**	
Sub fase a): Preselezione partecipanti	• Indizione della gara, da svolgersi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ponendo a base di gara il progetto preliminare
Sub fase b): Svolgimento gara per l'individuazione delle (due) offerte economicamente più vantaggiose	• Acquisizione richieste di partecipazione e analisi dei requisiti richiesti • Invio Lettera di Invito (la lettera di invito deve contenere gli elementi di valutazione delle offerte e le modalità di svolgimento della successiva fase negoziale)
Sub fase c) Procedura negoziata tra il promotore e le (due) offerte economicamente più vantaggiose	• Valutazione delle offerte e individuazione delle

FASI	CONTENUTO OPERATIVO
	prime (due) economicamente più vantaggiose da far competere con il promotore ('licitazione privata ovvero appalto concorso)
4° Fase: **ESECUZIONE DEL CONTRATTO**	• La procedura negoziata viene svolta dalla Commissione di aggiudicazione e tende a verificare,anche sulla base di rilanci migliorativi sotto il profilo esclusivamente economico, quale sia l'offerta migliore fra quella del promotore quella presentata dai concorrenti selezionati nella prima fase di gara. Le modalità di svolgimento della procedura negoziata devono essere rese note nella lettera di invito alla gara.
Sub fase a): Progettazione definitiva	• Il soggetto vincitore, così come obbligatoriamente indicato nel bando di gara, potrà costituire, quindi, la SPV che diventerà concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario
Sub fase b): Progettazione esecutiva	• Il contratto di concessione prevede l'obbligo in capo al concessionario di provvedere alla progettazione definitiva, esecutiva alla esecuzione dei lavori e alla gestione dell'opera.
Sub fase c): Esecuzione dei lavori Sub fase d): Gestione	• Il concessionario, nei termini stabiliti nel contratto, deve presentare il progetto definitivo all'Amministrazione concedente • *Il progetto definitivo dovrà essere approvato dal CIPE* • Il concessionario, nei termini stabiliti nel contratto, deve presentare il progetto esecutivo all'Amministrazione concedente • Realizzazione opere nei termini stabiliti nel contratto • Applicazione termini contrattuali in merito alla gestione delle opere realizzate

Fonte: Centro Studi Cni, 2006

14. Il contraente generale

La disciplina della legge 443/2001 ed il relativo D.Lgs. n. 190/2002 prevedevano una serie di istituti speciali, strumentali all'esecuzione dei lavori che il Codice recepisce pedissequamente.

Fra questi vi è quello del *contraente generale* cui all'art. 176 del Codice[609]. Rispetto alla concessione che, pur nell'ambito delle infrastrutture strategiche conserva integre le proprie caratteristiche[610], il 1° comma, della norma citata precisa che: *"Con il contratto di cui all'articolo 173, comma 1, lettera b), il soggetto aggiudicatore, in deroga all'articolo 53, affida ad un soggetto dotato di adeguata esperienza e qualificazione nella costruzione di opere nonché di adeguata capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria la realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto preliminare o nel progetto definitivo redatto dal soggetto aggiudicatore e posto a base di gara, contro un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori".*

Orbene dal corrispettivo del contraente generale è escussa la gestione dell'opera sicché esso, non potendosi configurare come concessione, potrebbe essere ricondotto nell'ambito della tipologia contrattuale dell'appalto. Sennonché la previsione di cui all'art. 3, comma 7 del Codice, la quale espressamente indicava l'affidamento a contraente generale come contratto di appalto, è stata sospesa dalla Legge n. 228/2006 proprio per gli appalti di lavori pubblici nei settori ordinari nel cui ambito rientrano anche quelli relativi alle infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale[611]. Certo rimane la definizione di cui alla legge n. 443/2001, ma essa non è da sola in grado di risolvere il problema della legittimità della disciplina attuativa dell'istituto come sistema di esecuzione alla luce della ulteriore sospensione dell'art. 162, comma 1, lett. g), operata dalla legge n. 228/2006.

---

[609] Che recepisce l'art. 9 del D.lg. n. 190/2002.

[610] Art. 174 del Codice che recepisce l'art. 7 del D.lgs. n. 190/2002.

[611] Ai sensi dell'art. 3, comma 4, del Codice: *I «settori ordinari» dei contratti pubblici sono i settori diversi da quelli del gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, come definiti dalla parte III del presente Codice, in cui operano le stazioni appaltanti come definite dal presente articolo".*

Richiamando gli effetti della legge di sospensione, è possibile ritenere che l'affidamento a contraente generale presenta una configurazione giuridica chiaramente adespota alla luce sia del quadro normativo attuale, all'esito della rilevata sospensione, sia del riespanso quadro normativo previgente, non essendo riconducibile né nella nozione di appalto, né in quella di concessione di cui all'art. 19 della legge n. 109/1994[612]. In estrema sintesi la sospensione dell'art. 3, 7° comma, del Codice, che comporta la reviviscenza del citato art. 19, ma non anche del D.lg. n. 190/2002, introduce la questione della difficile collocazione sistematica dell'istituto dell'affidamento al contraente generale nel vigente quadro normativo e conseguentemente solleva dubbi in merito alla legittimità dell'art. 176 del Codice che provvede a disciplinarlo pur in assenza di una sua esplicita ammissibilità, anzi in costanza di una norma (art. 19) che espressamente ne rileva l'illegittimità.

[612] Secondo il quale: "*I lavori pubblici di cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, salvo quanto previsto all'articolo 24, comma 6*". Il comma 1 precisa altresì che: "*contratti di appalto di lavori pubblici di cui alla presente legge sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un soggetto di cui all'articolo 2, comma 2, aventi per oggetto: a) la sola esecuzione dei lavori pubblici di cui all'articolo 2, comma 1; b) la progettazione esecutiva di cui all'articolo 16, comma 5, e l'esecuzione dei lavori pubblici di cui all'articolo 2, comma 1, qualora: 1) riguardino lavori di importo inferiore a 200.000 euro; 2) riguardino lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 60 per cento del valore dell'opera; 3) riguardino lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici; 4) riguardino lavori di importo pari o superiore a 10 milioni di euro*".

15. La società pubblica di progetto

La società pubblica di progetto è disciplinata dall'art. 172 del Codice[613] che, ai sensi della norma transitoria di cui all'art. 253, comma 27, lett. i) del Codice si applica a decorrere dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 189/2005[614]. La sua specifica finalità è quella di creare un soggetto unitario, autonomo centro di imputazione, qualora una "*migliore utilizzazione della infrastruttura e dei beni connessi*" richieda l'attività coordinata di più soggetti pubblici. In sintesi, la norma è diretta a creare un soggetto unitario ed autonomo rispetto ai soggetti che lo compongono, ma che operi anche per conto di questi ultimi nella realizzazione e gestione dell'opera (la norma espressamente prevede, al 1° comma, che la società operi in nome proprio, ma per conto dei soci mandanti).

La sussistenza del presupposto (ossia l'esigenza di un'azione coordinata di una pluralità di soggetti) dovrà essere discrezionalmente accertata dal CIPE in fase di approvazione della proposta di intervento presentata dal soggetto aggiudicatore, previa indicazione di tale esigenza da parte di quest'ultimo.

Alla società potranno partecipare, altresì, le Camere di commercio, industria ed artigianato, nonché le fondazioni bancarie (2° comma); riguardo a queste ultime il successivo 6° comma, dell'articolo in esame prevede altresì che la realizzazione delle infrastrutture rappresenta un settore "*ammesso*" ossia verso il quale le citate fondazioni potranno destinare il reddito.

La società riguarderà, pertanto, le sole opere strategiche inserite nel relativo programma approvato dal CIPE, ai sensi della Legge n. 443/2001 quale che sia il sistema di esecuzione e, dunque, anche se non realizzabili mediante il project financing.

La società, al pari di tutte le società a partecipazione pubblica, è un organismo di diritto pubblico (art. 172, 3° comma) nonché soggetto aggiudicatore.

---

[613] Che riporne la medesima formulazione di cui all'art. 5 - *ter* del D.Lgs. 20.08.2002, n. 190, come introdotto dall'art. 1, 1° comma, del D.Lgs. 17.08.2005, n. 189.

[614] Gazzetta Ufficiale Repubblica Italiana n. 221 del 22.09.2005, s.o. n. 157/L

La società pubblica non ha scopo di lucro e le sono attribuite tutte le competenze e/o le facoltà inerenti:

a) alla realizzazione dell'opera principale nonché di quelle connesse e strumentali;

b) alla gestione delle stesse ed a tutte le altre fonti di autofinanziamento indotte dell'infrastruttura, nonché le risorse deliberate dal CIPE;

c) all'espropriazione delle aree.

Per quanto concerne le forme di finanziamento, gli enti pubblici interessati alla realizzazione della infrastruttura potranno, tramite accordo di programma, procedervi anche attraverso la cessione al soggetto aggiudicatore ovvero direttamente alla Società pubblica di progetto di beni immobili di proprietà o allo scopo espropriati con risorse finanziarie proprie. Si noti bene che la norma sembrerebbe consentire un appoggio "esterno" alla società mediante uno specifico accordo di programma.

Ai fini del finanziamento di cui al comma 4, gli enti pubblici possono contribuire per l'intera durata del piano economico-finanziario al soggetto aggiudicatore o alla Società pubblica di progetto, devolvendo alla stessa i proventi di propri tributi o diverse fonti di reddito, fra cui:

a) da parte dei comuni, i ricavi derivanti dai flussi aggiuntivi di oneri di urbanizzazione o infrastrutturazione ed ICI, indotti dalla infrastruttura;

b) da parte della Camera di commercio, industria e artigianato, una quota della tassa di iscrizione, allo scopo aumentata, ai sensi della legge 29 dicembre 1993, n. 580.

Per quanto concerne le modalità per la costituzione e regolamentazione della società pubblica, va sottolineato che se da un lato è certo che non sia necessaria la gara per la scelta dei soci pubblici (ivi comprese le Camere di Commercio) dall'altro è certo che per la selezione delle fondazioni tale gara sia indispensabile. È, invece, da escludersi la necessità della gara ove l'apporto sia esclusivamente esterno e regolamentato mediante un accordo di programma.

L'affidamento dell'attività di realizzazione e gestione della infrastruttura alla società, ancorché pubblica, solleva perplessità non tanto per il quadro normativo interno (inequivocabilmente permissivo), ma soprattutto per quello europeo alla luce del recente orientamento della Corte di Giustizia che, nella sentenza del 13/10/2005 n. C458/03, ha sottolineato come, anche per le società ad integrale partecipazione pubblica non sia riscontrabile, fra ente socio e società, un "*controllo analogo*" a quello presente fra articolazioni organizzative di un medesimo ente (requisito indispensabile per configurare un controllo *in house*).

È comunque possibile procedere alla medesima operazione concertativa mediante un accordo di programma fra enti e senza la costituzione di una specifica società.

16. Le infrastrutture strategiche

Il Codice recepisce, senza particolari modifiche, la disciplina dettata con riferimento alla realizzazione delle infrastrutture strategiche, dalla Legge n. 443/2001 nonché dal D.Lgs. n. 190/2002 e successive modifiche ed integrazioni.

La tecnica adottata dai redattori del Codice è quella più volte descritta anche in altre occasioni: sono richiamate le norme a carattere generale applicabili all'istituto salvo, poi, specificarne le eventuali deroghe ed eccezioni nelle norme relative alla disciplina speciale.

Occorre distinguere il procedimento di approvazione della progettazione da quello di aggiudicazione dei lavori. Mentre per quest'ultimo l'art. 161, 3° comma, rinvia esclusivamente alle norme del Capo IV del medesimo Codice, per quanto concerne il primo l'art. 161, 2° comma del Codice rinvia, oltre che alle norme del Capo, alle norme di cui alla legge 443/2001 precisando che: "*L'approvazione dei progetti delle infrastrutture e insediamenti di cui al comma 1 avviene d'intesa tra lo Stato e le regioni nell'ambito del CIPE allargato ai presidenti delle regioni e province autonome interessate, secondo le previsioni della legge 21 dicembre 2001, n. 443, e dei successivi articoli del presente capo*".

Norme di carattere generale, applicabili al settore in esame in quanto non espressamente derogate dalle norme speciali sono quelle:

- della parte I (principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice);

- della parte II, titolo I (contratti di rilevanza comunitaria);

- della parte II, titolo III, capo I (programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori);

- della parte II, titolo III, capo II (concessione di lavori pubblici);

- della parte II, titolo III, capo III (promotore finanziario e società di progetto);

- della parte IV (contenzioso);

- della parte V (disposizioni di coordinamento, finali e transitorie).

Certamente tale specifico settore di intervento ha prestato il fianco ad un'aspra diatriba circa il riparto delle competenze normative ed amministrative fra Stato e Regioni. Il Codice non fa altro che recepire "lo stato dell'arte" sì come inquadrato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 303/2003 e recepito dal legislatore con il citato D.LGS. n. 189/2005. La materia delle infrastrutture strategiche (e dei lavori pubblici in genere) è inquadrata nell'ambito della potestà legislativa concorrente ed in quanto tale oggetto di regolamentazione regionale nei limiti dei principi fondamentali dettati dal legislatore statale. La Consulta ha risolto l'impasse sulla base del principio di sussidiarietà verticale mitigato dai principi di adeguatezza e proporzionalità assegnando, pertanto, la competenza secondo la valenza del settore da regolamentare. Peraltro, sulla base del principio di residualità consolidato dalla legge n. 131/2003, anche per gli ambiti disciplinari rimessi alla competenza regionale, permarrà la disciplina statale fino a quando le regioni non provvederanno a dettare una specifica disciplina sul punto. L'art. 161, 5° comma, del Codice in merito dispone che: "*Le regioni, le province, i comuni, le città metropolitane, gli enti pubblici dagli stessi dipendenti e i loro concessionari applicano, per le proprie attività rientranti in materie oggetto di legislazione concorrente, relative alla realizzazione delle infrastrutture di cui al comma 1, le norme del presente capo fino alla entrata in vigore di una diversa norma regionale, da emanarsi nel rispetto dei principi fondamentali della legge 21 dicembre 2001, n. 443. Sono fatte salve le competenze dei comuni, delle città metropolitane, delle province e delle regioni in materia di progettazione, approvazione e realizzazione delle infrastrutture e insediamenti produttivi diversi da quelli di cui al comma 1*".

Particolarmente complessa è la disciplina transitoria prevista specificatamente dall'art. 253, comma 27 del Codice per tale specifico settore disciplinare. In particolare tale norma dispone che:

a) non trovano applicazione i seguenti articoli del regolamento approvato con decreto del Presidente della Repubblica n. 554 del 1999: a.1) articolo 9 - Pubblicità degli atti della conferenza di servizi; a.2) titolo III, capo II - La progettazione; a.3) titolo IV, capo IV - Affidamento dei servizi di importo inferiore al controvalore in euro di 200.000 DSP; e capo V - Affidamento dei servizi di importo pari o superiore al controvalore in euro di 200.000 DSP;

b) per le concessioni già affidate, ovvero rinnovate e prorogate ai sensi della legislazione vigente alla data del 10 settembre 2002, i concessionari sono tenuti ad appaltare a terzi una percentuale minima del quaranta per cento dei lavori;

c) le disposizioni dell'art. 174 (concessione relativa a infrastrutture strategiche) si applicano anche alle concessioni relative a infrastrutture già affidate alla data del 10 settembre 2002;

d) nel caso in cui, alla data del 10 settembre 2002, sia già stato redatto il progetto definitivo, sia stata già affidata la realizzazione dello stesso, o sia comunque ritenuto dal soggetto aggiudicatore più opportuno ai fini della celere realizzazione dell'opera, può procedersi all'attestazione di compatibilità ambientale e alla localizzazione dell'opera sulla base del progetto definitivo. Nel caso in cui, alla data del 10 settembre 2002, sia stato già redatto il progetto esecutivo o sia stata già affidata la realizzazione dello stesso, per l'affidamento a contraente generale il soggetto aggiudicatore può porre a base di gara il progetto esecutivo. In tale caso il contraente generale assume l'obbligo di verificare il progetto esecutivo posto in gara e di farlo proprio, fermo restando quanto disposto dal comma 5 dell'art. 176;

e) nel caso in cui, alla data del 10 settembre 2002, il progetto delle infrastrutture sia già oggetto, in tutto o in parte, di procedura autorizzativa, approvativa o di valutazione di impatto ambientale sulla base di vigenti norme statali o regionali, i soggetti aggiudicatori possono richiedere l'interruzione della medesima procedura optando per l'avvio unitario delle procedure disciplinate dalla parte II, titolo III, capo IV, ovvero proseguire e concludere la procedura in corso. Ai fini del compimento delle procedure di cui alla parte II, titolo III, capo IV, possono essere utilizzate quali atti istruttori le risultanze delle procedure anche di conferenza di servizi già compiute ovvero in corso. Si osservano, in quanto applicabili, i commi 6 e 7 dell'articolo 185;

f) in sede di prima applicazione del decreto legislativo n. 190 del 2002 i soggetti aggiudicatori adottano, in alternativa alla concessione, l'affidamento a contraente generale per la realizzazione dei progetti di importo superiore a

duecentocinquanta milioni di euro, che presentino, inoltre, uno dei seguenti requisiti:

- interconnessione con altri sistemi di collegamento europei;

- complessità dell'intervento tale da richiedere un'unica logica realizzativa e gestionale, nonché estrema complessità tecnico-organizzativa. L'individuazione dei predetti progetti è effettuata dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. Ferma restando l'applicazione delle semplificazioni procedurali di cui al presente capo, i progetti che non abbiano le caratteristiche sopra indicate sono realizzati con appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione, in uno o più lotti ovvero con appalto di sola esecuzione ove sia stato predisposto il progetto esecutivo. E' comunque consentito l'affidamento in concessione;

g) per la realizzazione delle infrastrutture di loro competenza, i soggetti aggiudicatori, ivi compresi i commissari straordinari di Governo, anche in liquidazione, nominati in virtù di disposizioni diverse da quelle di cui alla legge 21 dicembre 2001, n. 443, possono stipulare, con riferimento alle concessioni in corso alla data del 10 settembre 2002 e nel rispetto degli elementi essenziali dei relativi atti convenzionali, atti di loro adeguamento alle previsioni della legge 21 dicembre 2001, n. 443 e della parte II, titolo III, capo IV;

h) per i procedimenti relativi agli insediamenti produttivi e alle infrastrutture strategiche per l'approvvigionamento energetico di cui all'articolo 179, in corso alla data del 10 settembre 2002, è data facoltà al richiedente di optare per l'applicazione della normativa stabilita nella parte II, titolo III, capo IV, ferma restando l'efficacia degli atti compiuti relativamente agli stessi procedimenti;

i) le disposizioni di cui agli articoli 164, 167, 168, 169, 171, 172 si applicano a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo 17 agosto 2005, n. 189. Le norme di cui all'allegato tecnico contenuto nell'allegato XXI al presente Codice, si applicano ai progetti delle infrastrutture, la cui redazione sia stata bandita o, in caso di procedura negoziata, affidata ovvero, per i progetti redatti direttamente, oggetto di deliberazione dell'organo

competente dopo la data di entrata in vigore del decreto legislativo 17 agosto 2005, n. 189. Per i progetti in corso e per quelli banditi prima della data di entrata in vigore del citato decreto n. 189 del 2005, i soggetti aggiudicatori hanno facoltà di adeguare il progetto alle norme tecniche allegate, con eventuale variazione del relativo corrispettivo;

l) la disposizione di cui all'articolo 165, comma 3, relativa al limite del 5 per cento, si applica ai progetti la cui istruttoria è avviata dopo la data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 189 del 2005. Le disposizioni di cui ai commi 13 e 14 dell'articolo 176 si applicano alle procedure di gara e ai rapporti contrattuali in corso alla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 189 del 2005; le disposizioni dei commi 15, 16 e 17 del medesimo articolo 176, si applicano ai lavori banditi dopo la data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 189 del 2005, ma è facoltà del soggetto aggiudicatore prevedere l'applicazione delle disposizioni medesime ai lavori già banditi ovvero, per quelli già aggiudicati, convenire con il contraente generale la applicazione delle stesse ai relativi contratti;

m) in relazione all'articolo 180, comma 1, fino all'entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 5, i soggetti aggiudicatori indicano negli atti di gara le disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, che trovano applicazione in materia di esecuzione, contabilità e collaudo;

n) in relazione all'articolo 188, fino all'entrata in vigore del regolamento, continua ad applicarsi l'articolo 17 del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e ai fini dell'articolo 188, comma 2, si tiene conto della qualificazione rilasciata da non oltre cinque anni ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica n. 34 del 2000;

o) in relazione all'articolo 189, comma 1, lettera b), fino all'entrata in vigore del regolamento si applica l'articolo 18, del citato decreto del Presidente della Repubblica n. 34 del 2000;

p) ai fini dell'applicazione dei commi 5 e 6 dell'articolo 194, sono fatti salvi, relativamente alle opere stesse, gli atti e i

provvedimenti già formati o assunti, e i procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 che i soggetti aggiudicatori, previo parere dei commissari straordinari ove nominati, ritengano eventualmente più opportuno, ai fini della celere realizzazione dell'opera proseguire e concludere in luogo dell'avviare un nuovo procedimento ai sensi della parte II, titolo III, capo IV.