



CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - 00186 ROMA - VIA ARENULA, 71

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

Presidenza e Segreteria: 00187 Roma - Via IV Novembre, 114

Tel. 06.6976701, fax 06.69767048

www.tuttoIngegnere.it



Centro Studi Consiglio Nazionale Ingegneri

CONSIGLIO DIRETTIVO

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

COLLEGIO DEI REVISORI

dott. Domenico Contini	<i>Presidente</i>
dott. Stefania Libori	<i>Revisore</i>
dott. Francesco Ricotta	<i>Revisore</i>

Guida alla professione di ingegnere

Le disciplina dei contratti pubblici

Volume VII Terza parte



Centro Studi Consiglio Nazionale Ingegneri

ISBN 978-88-6014-024-1

10. Le forme di pubblicità e i termini

È possibile classificare gli atti strumentali alla trasparenza delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici in quattro distinte tipologie :

- a) **gli avvisi di preinformazione**, di cui all'art. 63 del Codice. Sono finalizzati a fornire un "anticipo" di informazione agli operatori economici riguardo l'importo stimato degli appalti e degli accordi quadro che la stazione appaltante intenderà affidare nel corso dell'anno;
- b) **i bandi ed avvisi di gara**, disciplinati dall'art. 64 del Codice. Esso 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* debbano rendere nota tale intenzione mediante un bando di gara;
- c) **gli avvisi sui risultati della procedura** (detti anche avvisi di *post-informazione*), regolamentati dall'art. 65 del Codice. Assolvono la specifica funzione di rendere noti i risultati della procedura di aggiudicazione esperita dalla stazione appaltante;
- d) **gli inviti** a presentare le offerte, a partecipare al dialogo competitivo ed a negoziare (procedure negoziate) sono regolamentati dall'art. 67 del Codice.

Per quanto concerne i termini di ricezione delle domande di partecipazione e di presentazione delle offerte, la 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.

Tav. 13 - Bandi, avvisi ed inviti: procedure, pubblicità e contenuti

Tipologia	Forme di pubblicità	Contenuti	Facoltatività/ obbligazioni/ informazioni	Procedure a cui si applica
<p>Avviso di preinformazione (art. 63 D.L.vo n. 163/2006)</p>	<p>Invio alla Commissione; ovvero pubblicazione sul "profilo di committente" previa comunicazione alla Commissione; Pubblicazione sul sito informatico del Ministero delle Infrastrutture e dell'Osse- vatorio.</p>	<p>Sono indicati: - nel Codice; - nell'Allegato X, punti 1) e 2); - nei formulari adottati dalla Commissione.</p>	<p>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;</p> <p>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;</p> <p>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.</p>	<p>Tutte, fatta eccezione per la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara.</p>

Segue

Segue Tav. 13 - Bandi, avvisi ed inviti: procedure, pubblicità e contenuti

Tipologia	Forme di pubblicità	Contenuti	Facoltatività/obbligatorietà	Informazioni	Procedure a cui si applica
Bando ed avviso di gara (art. 64 e 66 del D.L.vo n. 163/2006)	<p><i>Appalti sopra soglia</i> (art. 66):</p> <ul style="list-style-type: none"> - trasmissione alla Commissione europea per via elettronica ovvero mediante fax nel 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 di versamento; 	<p>Sono indicati:</p> <ul style="list-style-type: none"> - nel Codice; - nell'Allegato X , punti 1, lett a) e b) 2) e 3); - nei formulari adottati dalla Commissione. 	Obbligatorio	Quelle di cui ai modelli indicati nell'Allegato X.	Procedure aperte, ristrette, negoziate con bando, accordo quadro, dialogo competitivo, istituzione sistema dinamico di acquisizione ed aggiudicazione dei relativi appalti.
Avviso di post-informazione (art. 65 del Codice)	<ul style="list-style-type: none"> - pubblicazione sulla G.U.R.I. dopo cinque giorni dall'invio alla Commissione nel caso in cui si faccia ricorso ai mezzi elettronici e/o in caso di urgenza - pubblicazione sulla GURI 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 ⁽¹⁾ (art. 66, 7° comma); - pubblicazione per estratto su almeno due quotidiani a diffusione nazionale (art. 66, 7° comma); 				

Segue

Segue Tav. 13 - Bandi, avvisi ed inviti: procedure, pubblicità e contenuti

Tipologia	Forme di pubblicità	Contenuti	Facoltatività/obbligatorietà	Informazioni	Procedure a cui si applica
Avviso di post-informazione (art. 65 del Codice)	- pubblicazione per estratto su almeno due quotidiani a diffusione locale (art. 66, 7° comma).	Sono indicati: - nel Codice; - nell'Allegato IX A, punto 5; - nei formulari adottati dalla Commissione.	Obbligatorio fatto eccezione per gli appalti di servizi elencati nell'allegato II B ⁽³⁾	Aggiudicatario dell'appalto oltre le informazioni di cui al modello dell'allegato IX A, punto 5 (luogo esecuzione lavori/consegna prodotto/esecuzione servizi).	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'intesa pubblica, precluda i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra questi.

(1) 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 informativo presso l'Osservatorio, i bandi e gli avvisi sono pubblicati solo sul sito informativo di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n. 20".

(2) Dispone l'art. 66, 7° comma, che: Gli avvisi e i bandi sono altresì pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana serie speciale relativa ai contratti pubblici, sul «profilo di committente» della stazione appaltante, e, non oltre due giorni lavorativi dopo, sul sito informativo del Ministero delle infrastrutture di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n. 20, e sul sito informativo presso l'Osservatorio, con l'indicazione degli estremi di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Gli avvisi e i bandi sono altresì pubblicati, dopo dodici giorni dalla trasmissione alla Commissione, ovvero dopo cinque giorni da detta trasmissione in caso di procedure urgenti di cui all'articolo 70, comma 11, per estratto su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno due a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i contratti. La pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana viene effettuata entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'Ufficio inserzioni dell'Istituto poligrafico e zecca dello Stato.

(3) Art. 65, 4° comma, del D.LGs. n. 163/2006.

Fonte: Centro studi CNI, 2007

Tav. 14 - Procedure e termini di ricezione delle domande di partecipazione e di presentazione delle offerte

Termini ordinari	Termini abbreviati all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione ⁽¹⁾	Termini abbreviati all'esito delle trasmissioni dei bandi ed accesso ai capitolati per via elettronica ⁽²⁾	Termini abbreviati per procedure mancata tempestiva visione dei capitolati; 2) necessità di visita dei luoghi (4)	Proroga termini nei casi di: 1) Termini speciali
<p>Procedure aperte</p> <p>Offerte: 52 giorni dalla data di trasmissione del bando alla Commissione.</p>	<p>- Offerte: 36 giorni ridotti al massimo fino a 22 giorni dall'invio del bando alla Commissione europea⁽³⁾;</p> <p>- Offerte aventi ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva: 50 giorni decorrenti dalla data di invio del bando di gara alla Commissione⁽⁶⁾.</p>	<p>Trasmissione Bandi (art. 70, 8° comma) - Offerte: riduzione di 7 giorni rispetto al termine ordinario o abbreviato all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione;</p> <p>Accesso libero ai capitolati (art. 70, 9° comma) - Offerte: riduzione di 5 giorni (riduzione cumulabile con le altre riduzioni ai sensi dell'art. 70, 9° comma)</p>	<p>Domande: termine ridotto non inferiore a 15 giorni dalla data di pubblicazione del bando sulla G.U.R.I. (7) (art. 70, 11° comma, lett. a).</p>	<p>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.</p> <p>Offerte aventi ad oggetto la progettazione esecutiva: 80 giorni (Art. 70, 6° comma).</p>
<p>Procedure ristrette</p> <p>Domande: 37 giorni dalla data di trasmissione del bando alla Commissione;</p> <p>Offerte: 40 giorni dalla ricezione della lettera di invito (art. 70, 4° comma).</p>	<p>Offerte: 36 giorni ridotti al massimo fino a 22 giorni dall'invio del bando alla Commissione europea;</p> <p>- Offerte aventi ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva: 50 giorni decorrenti dalla data di invio del bando di gara alla Commissione ⁽⁶⁾.</p>	<p>Trasmissione bandi (art. 70, 8° comma) - 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);</p> <p>- Offerte: non inferiore a 10 giorni decorrenti dalla data di invio dell'invito (art. 70, 11° comma, lett. b);</p> <p>- Offerte: riduzione di 5 giorni (riduzione cumulabile con le altre riduzioni ai sensi dell'art. 70, 9° comma).</p>	<p>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.</p>	<p>Offerte aventi ad oggetto la progettazione definitiva e la progettazione esecutiva: 80 giorni dall'invio della lettera di invito (Art. 70, 6° comma).</p>

(1) Ai sensi dell'art. 70, 7° comma del D.L. 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".

(2) 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 è 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 è cumulabile con quella di cui al comma 8".

(3) Art. 70, 11° comma del D.L. 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 indicino 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;

Segue

Segue Tav. 14 - Procedure e termini di ricezione delle domande di partecipazione e di presentazione delle offerte

Termini ordinari	Termini abbreviati all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione (1)	Termini abbreviati per procedure d'urgenza (3)	Termini speciali
<p>Procedure negoziate con bando</p> <p><i>Domande:</i> 37 giorni dalla data di trasmissione del bando alla Commissione.</p> <p><i>Offerte:</i> 20 giorni dall'invio dell'invito (art. 70, 5° comma).</p>	<p>- <i>Trasmissione bandi</i> (art. 70, 8° comma)</p> <p>- <i>Domande:</i> riduzione di 7 giorni rispetto al termine ordinario o abbreviato all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione.</p>	<p>Termini per domande ed offerte scelti dall'Ente nel rispetto dei principi di cui all'art. 70, 1° comma.</p>	<p>Proroga termini nei casi di: 1) mancata tempestiva visione dei capitolati; 2) necessità di visita dei luoghi (4)</p> <p>- <i>Offerte aventi ad oggetto la progettazione esecutiva:</i> 60 giorni dall'invio della lettera di invito (Art. 70, 6° comma);</p> <p>- <i>Offerte aventi ad oggetto la progettazione definitiva e la progettazione esecutiva:</i> 80 giorni dall'invio della lettera di invito (Art. 70, 6° comma)</p>
<p>Procedure negoziate senza bando</p> <p><i>Domande:</i> 37 giorni dalla data di trasmissione del bando alla Commissione;</p> <p><i>Offerte:</i> 20 giorni dall'invio dell'invito (art. 70, 5° comma)</p>	<p><i>Trasmissione bandi</i> (art. 70, 8° comma) - <i>Domande:</i> riduzione di 7 giorni rispetto al termine ordinario o abbreviato all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione.</p>	<p>Termini per domande ed offerte scelti dall'Ente nel rispetto dei principi di cui all'art. 70, 1° comma a consentirne che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni per la formulazione delle offerte.</p>	<p>Termini per domande ed offerte scelti dall'Ente nel rispetto dei principi di cui all'art. 70, 1° comma a consentirne che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni per la formulazione delle offerte</p>

Segue nota (3)

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.L. 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".

(4) 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 consentirne che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla preparazione delle offerte".

(5) Si noti che, rispetto al testo pervigente 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**.

(6) 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 definitiva ed esecutiva (e non anche la progettazione) 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.

(7) Le altre riduzioni decorrono dalla data di **trasmissione del bando alla Commissione** e non dalla data di pubblicazione sulla G.U.R.L. che è comunque successiva alla prima.

(8) 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.

(9) Tale previsione non si applica al termine per la ricezione delle offerte, se queste hanno per oggetto anche il progetto definitivo.

Fonte: Centro studi CNI, 2007

Segue Tav. 14 - Procedure e termini di ricezione delle domande di partecipazione e di presentazione delle offerte

Termini ordinari	Termini abbreviati all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione ⁽¹⁾	Termini abbreviati all'esito delle trasmissioni dei bandi ed accesso ai capitolati per via elettronica ⁽²⁾	Termini abbreviati per procedure di urgenza (3)	Proroga termini nei casi di: 1) mancata tempestiva visione dei capitolati; 2) necessità di visita dei luoghi (4)	Termini speciali
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)	Trasmissione bandi(art. 70, 8° comma) - <i>Domande</i> : 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.	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, 2007

11. I criteri di aggiudicazione

L'aggiudicazione è l'attività mediante la quale l'amministrazione affida l'esecuzione di una determinata prestazione ad un soggetto che abbia partecipato ad una gara.

L'art. 81 del D.L.vo n. 163/2006 individua i "criteri di aggiudicazione" ossia i criteri che la stazione appaltante può utilizzare per scegliere, all'esito di una specifica procedura, l'appaltatore, ovvero, il concessionario chiamato ad eseguire la prestazione. Essi 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.

Rispetto al regime previgente²⁴² 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 concede una discrezionalità alla stazione appaltante nella scelta del criterio di aggiudicazione da applicare, conformemente a quanto disposto dalla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 7 ottobre 2004 la quale si era pronunciata ritenendo illegittima la disposizione di cui all'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 amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso.

L'art. 81 del Codice introduce la facoltà per le stazioni appaltanti di scegliere il criterio più adeguato (fra prezzo più basso ed offerta economicamente più vantaggiosa), *"in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto"*. In questo senso, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sembra trovare il proprio ambito privilegiato di operatività nell'aggiudicazione di prestazioni complesse che impongano un'attenta valutazione delle soluzioni tecnico progettuali proposte. Anche in presenza di una previsione normativa che concede alle stazioni appaltanti libertà di scelta tra i due criteri di aggiudicazione, tale discrezionalità sembra dover essere vincolata alla attenta valutazione della complessità tecnologica e/o progettuale dell'intervento da aggiudicare, riservando il criterio del prezzo più basso esclusivamente agli interventi semplici e ordinari.

242. Di cui all'art. 21 della Legge n. 109/1994 e successive modifiche.

Non è un caso che ogni qual volta la prestazione da eseguire sia caratterizzata da complessità, come nel caso del dialogo competitivo²⁴³, 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.L.vo 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, non di diretta derivazione comunitaria e autonomamente inserita nel Codice dal legislatore nazionale, individua sostanzialmente due soli casi in cui la stazione appaltante, per autotutela, può decidere di non procedere all'aggiudicazione.

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"*²⁴⁴. Si tratta di quelle disposizioni, come ad esempio quelle concernenti i *"minimi tariffari"*, 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 agosto 2006, n. 248.

Per quanto concerne l'aggiudicazione attraverso il *prezzo più basso* non si riscontrano novità di rilievo rispetto al regime previgente; l'art. 82 del Codice distingue i criteri per l'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 unitari²⁴⁵.

243. Che, come si ricorderà, è caratterizzato da una complessità tale dell'intervento da impedire alla pubblica amministrazione di individuare la soluzione progettuale.

244. In particolare dispone l'art. 81, 1° comma, del D.L.vo n. 163/2006 che: *"Nei contratti pubblici, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici, la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa"*.

245. Si noti che l'art. 81 del Codice individua nell'offerta a prezzi unitari l'unico criterio di determinazione del prezzo più basso al quale poter ricorrere qualora il contratto sia stipulato in parte a corpo ed in parte a misura. L'individuazione dei criteri di determinazione dell'offerta a prezzi unitari è però demandata al nuovo Regolamento generale di cui all'art. 5 del Codice. *Medio tempore*, ossia in attesa dell'emanazione di tale regolamento, occorrerà fare riferimento alla disciplina transitoria che, però, se è rinvenibile per i lavori pubblici (art. 90 del DPR 554/99), è del tutto assente per i servizi e le forniture per i quali, dunque, il criterio dei prezzi unitari non sembra utilizzabile, a meno che non si intenda estendere a tale tipologia di contratti, per analogia, il criterio di cui al citato art. 90 del DPR 554/99.

Il criterio prescelto dovrà essere espressamente indicato nel bando di gara²⁴⁶. 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.

La nuova Direttiva ed il Codice che ne ha recepito il contenuto sono 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 concorrenza²⁴⁷.

L'intervento del legislatore, conformandosi ad un consolidato orientamento statuito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea²⁴⁸, si è orientato a garantire che, da un lato, 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 tenerne conto nella fase di formulazione delle offerte.

Rispetto alla questione della determinazione dei criteri di valutazione, già l'art. 83, 1° comma, lettere da *a* ad *o* del D.L.vo n. 163/2006²⁴⁹ procede ad una prima, parziale, loro identificazione; si tratta di una elencazione meramente esemplificativa che lascia all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante lo spazio sufficiente per individuare quali debbano essere, nel caso specifico, gli eventuali ulteriori criteri di valutazione. La discrezionalità della pubblica amministrazione trova un limite nella necessità che i criteri prescelti siano pertinenti alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto, tanto da consentire una adeguata valutazione delle offerte sotto il profilo del rapporto qualità/prezzo di ciascuna di esse²⁵⁰.

246. 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”*.

247. Si veda il considerando (46) della Direttiva 18/2004.

248. 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.

249. Il quale prevede che: *□ “Quando il contratto è 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”.

250. Si veda l'art. 83, 1° comma, del D.L.vo n. 163/2006 nonché il considerando (46)/3 della Direttiva 18/2004.

Da notare che fra i criteri di valutazione è inserita (lettera *e*) anche la valutazione delle “*caratteristiche ambientali dell'intervento*”. La giurisprudenza comunitaria ha già da tempo riconosciuto la legittimità del ricorso a criteri “ambientali” per la valutazione delle offerte economicamente più vantaggiose nell’ambito di una generale valorizzazione del *Green Public Procurement* (GPP).

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*”²⁵¹, eventualmente prevedendo una “*forcella*” fra un valore minimo ed un valore massimo da attribuire a ciascun criterio²⁵².

La *forcella*²⁵³ si concreta, in sostanza, nella determinazione di un punteggio minimo che le offerte concorrenti dovranno raggiungere sotto il profilo tecnico per essere ammesse a valutazione per quanto concerne il distinto profilo economico.

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. Tale principio soffre, però, una eccezione, qualora l’amministrazione non sia in grado di procedere alla suddetta ponderazione; in tal caso, essa sarà chiamata ad agire come richiede l’attuale sistema, ossia *esclusivamente ad elencare* (nel bando di gara o nel capitolato d’oneri o nel documento descrittivo) *per ordine decrescente d’importanza i relativi criteri*; in tal caso, la stazione appaltante ha l’obbligo di *indicare e dimostrare* le ragioni per le quali non ha potuto procedere alla determinazione dei valori ponderali dei criteri prescelti²⁵⁴.

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

251. Art. 83, 2° comma, del D.L.vo n. 163/2006 ed art. 53, par. 2, Direttiva 18/2004.

252. 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*”.

253. Detta anche “*clausola di sbarramento*” □ e da non confondersi con la forcella prevista le procedure ristrette.

254. Precisa l’art. 83, 3 comma, del D.L.vo 163/2006: “*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*”.

saranno stabilite dal nuovo Regolamento generale, distintamente per lavori, servizi e forniture e, ove occorra, con modalità semplificate per servizi e forniture. Il Regolamento, per i servizi, terrà 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 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 marzo 1999 n. 117²⁵⁵ e di cui al DPCM 18 novembre 2005²⁵⁶, in quanto compatibili con il Codice.

Il Codice detta regole specifiche 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.

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*²⁵⁷.

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 suoi componenti. In particolare, non potranno ricoprire l'incarico in questione coloro che:

- 1) svolgono o comunque abbiano svolto altre funzioni e/o ricoperto altri incarichi tecnici o amministrativi relativamente al contratto in questione²⁵⁸;
- 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 Presidente²⁵⁹, dovranno essere scelti fra i funzionari delle stazioni appaltanti e tutti, compreso il Presidente,

255. *Regolamento recante norme per la determinazione degli elementi di valutazione e dei parametri di ponderazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 23, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, per l'aggiudicazione degli appalti di servizi di pulizia degli edifici di cui alla categoria 14 della classificazione comune dei prodotti 874, contenuta nell'allegato 1 al decreto legislativo n. 157/1995.*

256. *Recante Affidamento e gestione dei servizi sostitutivi di mensa.*

257. L'art. 84, 1° comma, del D.L.vo n. 163/2006 dispone che: *"Quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento".*

258. Tale limitazione non si applica al membro Presidente della Commissione giudicatrice.

259. 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.

dovranno essere *“esperti nello specifico settore cui si riferisce l’oggetto del contratto”*.

In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, le stazioni appaltanti possono scegliere i commissari diversi dal Presidente 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;
- b) professori universitari di ruolo, nell’ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle Facoltà di appartenenza²⁶⁰.

Per quanto concerne, infine, la valutazione dell’anomalia delle offerte; l’art. 55 della Direttiva 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, 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 presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10%, arrotondato all’unità 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”*²⁶¹. 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 si dirà sotto.

260. Art. 84, 8 comma, del D.L.vo n. 163/2006

261. L’art. 89 del D.L.vo. 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 è 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 prezzari 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”*.

Qualora, invece, 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 altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara". In particolare, si noti la distinta considerazione del parametro prezzo, rispetto agli altri parametri di valutazione dell'offerta, che potrà ritenersi anomalo nel solo caso in cui tutti gli altri parametri congiuntamente, insieme a quello del prezzo, eccedano i 4/5 dei rispettivi punteggi massimi.

Si tratta, comunque, di metodologie che non esauriscono le modalità di individuazione dell'anomalia delle offerte in quanto il Codice, con una previsione di carattere generale, 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 sopra²⁶².

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* e *giustificazioni da presentare successivamente all'esito del giudizio di anomalia*. 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**²⁶³.

Sul punto l'art. 87, 1° comma del D.L.vo 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 giustificativi²⁶⁴ e potrà disporre l'eventuale esclusione del concorrente solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio con esso²⁶⁵.

Il Codice, all'art. 88, disciplina il procedimento per la valutazione della congruità delle offerte articolandolo nelle seguenti fasi fondamentali:

262. L'art. 86, 3° comma del D.L.vo n. 163/2006 dispone che: "n ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa".

263. 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% 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".

264. Ai sensi dell'art. 87, 1° comma, del Codice.

265. Art. 86, 5° comma, del Codice.

- 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;
- 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, del Codice:

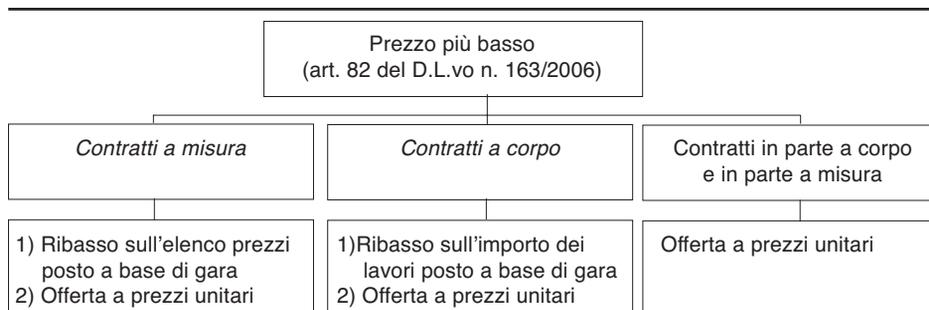
- a) l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione dei prodotti o del metodo di prestazione del servizio;
- b) le soluzioni tecniche adottate e/o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti o per prestare 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 considerazione²⁶⁶.

266. 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*.

Per quanto concerne le eccezioni, non sono ammesse giustificazioni rispettivamente:

- a) per i ribassi relativi ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabili per legge²⁶⁷;
- b) 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.L.vo n. 494 del 14.08.1996²⁶⁸ ed alla relativa stima dei costi conforme all'art. 7 del D.P.R. 3.7.2003, n. 222²⁶⁹.

Fig. 8 - Il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso



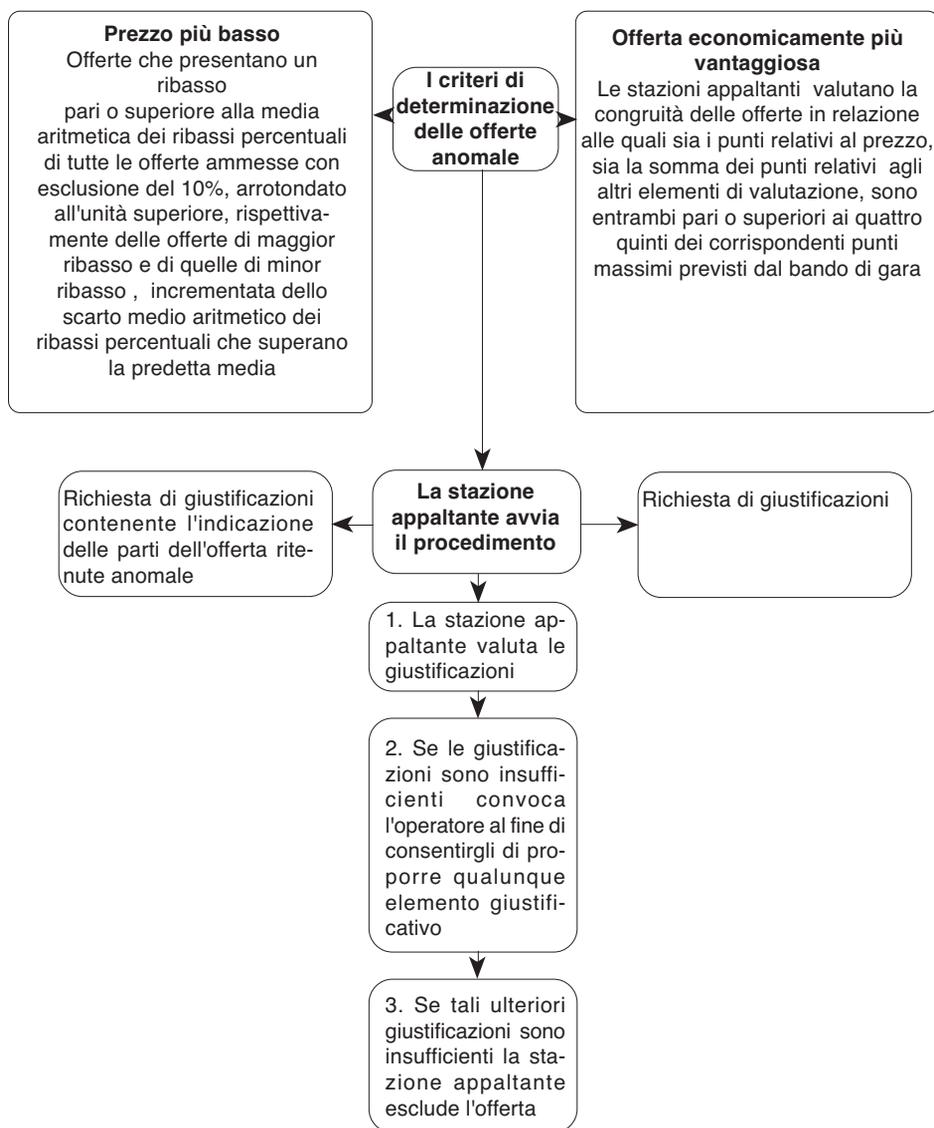
Fonte: Centro studi CNI, 2007

267. 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”*.

268. L'art. 12, 1° comma, del D.L.vo 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”*.

269. 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 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”*.

Fig. 9 - Il procedimento di determinazione e valutazione dell'anomalia delle offerte



Fonte: Centro studi CNI, 2007

12. I contratti sotto soglia

Le regole sinora esaminate riguardano i contratti d'importo pari o superiore alle soglie europee.

Il Codice disciplina espressamente anche i contratti pubblici d'importo inferiore alla soglia comunitaria distinguendo a seconda che essi abbiano ad oggetto rispettivamente l'esecuzione di lavori pubblici ovvero servizi e/o forniture.

A tali contratti sono applicabili 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 121-126²⁷⁰.

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 di tali previsioni è probabilmente il frutto dell'opera di mediazione operata dal Codice fra l'esigenza di garantire, anche per gli appalti sotto soglia, le regole della trasparenza poste a presidio della concorrenza e la contrapposta esigenza 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 aggiudicatrici che li stipulano sono comunque obbligate al rispetto dei principi fondamentali del Trattato.

12.1. Gli obblighi di pubblicità e comunicazione

Per quanto concerne i contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, di importo inferiore alla soglia comunitaria essi sono esclusi dagli adempimenti connessi agli obblighi di pubblicità e comunicazione in ambito sopranazionale.

Inoltre, l'art. 122 del Codice distingue, ai fini degli adempimenti di pubblicità e comunicazione, due soglie di valore:

- 1) **Contratti di lavori d'importo pari o superiore a 500.000 euro;** in questo caso la stazione appaltante dovrà procedere a pubblicare il bando di

270. Ai sensi dell'art. 121 del D.L.vo n. 163/2006: *“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”.*

gara sulla Gazzetta Ufficiale; 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 ovvero su almeno uno dei quotidiani a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i lavori;

- 2) **Contratti di lavori di importo inferiore a 500.000 euro**; 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 15²⁷¹.

12.2. Le procedure di aggiudicazione

Il Codice individua, una specifica soglia di valore per gli appalti di lavori, che non incide sulle forme e gli adempimenti di pubblicità e comunicazione, ma piuttosto sulle procedure di aggiudicazione esperibili.

Difatti, l'art. 122, 7 comma, del Codice statuisce 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 (come è previsto per i lavori di importo complessivo non superiore a centomila euro) di cui all'art. 122, 5° comma, del Codice, stride fortemente con i principi propugnati dal diritto europeo della tutela della concorrenza sotto il profilo della trasparenza dell'azione amministrativa.

271. Dispone la norma citata che: *“Le stazioni appaltanti possono prevedere forme aggiuntive pubblicità diverse da quelle di cui al presente articolo, e possono altresì pubblicare in conformità ai commi che precedono avvisi o bandi concernenti appalti pubblici non soggetti agli obblighi di pubblicazione previsti dal presente articolo. Tuttavia gli effetti giuridici che il presente codice o le norme processuali vigenti annettono alla data di pubblicazione al fine della decorrenza di termini, derivano solo dalle forme di pubblicità obbligatoria e dalle relative date in cui la pubblicità obbligatoria ha luogo”*.

Tav. 15 - Le soglie di valore dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture

Oggetto contratto	Soglia valore comunitaria (euro) <i>pari o superiore a:</i>	Soglia valore nazionale (euro) <i>inferiore a:</i>	Soglia di valore comunitaria per le Autorità governative centrali (euro) <i>pari o superiore a:</i>	Soglia valore lavori, forniture e servizi in economia
Lavori	5.278.000	5.278.000	5.278.000	1) Pari o inferiore a 200.000 euro; 2) amministrazione diretta 50.000 euro; 3) manutenzione opere ed impianti non superiore a 100.000 euro.
Servizi	211.000	211.000		1) Inferiore a 211.000 euro; 2) inferiore a 137.000 euro per le Autorità governative centrali.
Forniture	211.000	211.000		3) Inferiore a 211.000 euro; 4) inferiore a 137.000 euro per le Autorità governative centrali.
Appalti di servizi: 211.000 1) della cat. 8 dell'Allegato IIA (servizi ricerca e sviluppo); 2) Servizi di telecomunicazione di cui alla cat. 5 dell'Allegato IIA limitatamente ai numeri di cpc 7524, 7525, 7526 (servizi di telecomunicazioni); 3) Servizi allegato IIB (servizi alberghieri, di trasporto, legali, sanitari, istruzione ecc.)		211.000		

Fonte: Centro studi CNI, 2007

12.3. Le offerte anomale

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 concorrenti²⁷².

12.4. La procedura ristretta 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 modica 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 temperato con quello, di matrice comunitaria e per ciò solo prevalente, della tutela della concorrenza sotto il profilo della trasparenza dell'azione amministrativa.

La procedura semplificata, facoltativamente applicabile da parte della stazione appaltante **per l'aggiudicazione dei soli contratti di lavori pubblici d'importo inferiore a e 750.000 euro**, 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*, di cui si dirà.

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 iscrizione 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 requisiti di qualificazione

272. Prevede l'art. 122, 9 comma del Codice 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 è inferiore a cinque; in tal caso si applica l'articolo 86, comma 3”*.

necessari e l'assenza delle cause di esclusione previste per l'esecuzione di lavori di pari importo con procedure aperte o ristrette²⁷³.

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 spirato 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 pubblico²⁷⁴.

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 maggiore rispetto a quello consentito dalla Codice, potendo però 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 l'eventuale superamento dello stesso alle stazioni appaltanti che hanno proceduto alle iscrizioni eccedenti il numero massimo secondo un ordine cronologico.

Le stazioni appaltanti sono tenute a cancellare dall'elenco gli operatori nei cui confronti si è 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 ulteriori iscrizioni, per rientrare nel numero massimo consentito. Tutte le modifiche agli elenchi dovranno essere comunicate all'Osservatorio.

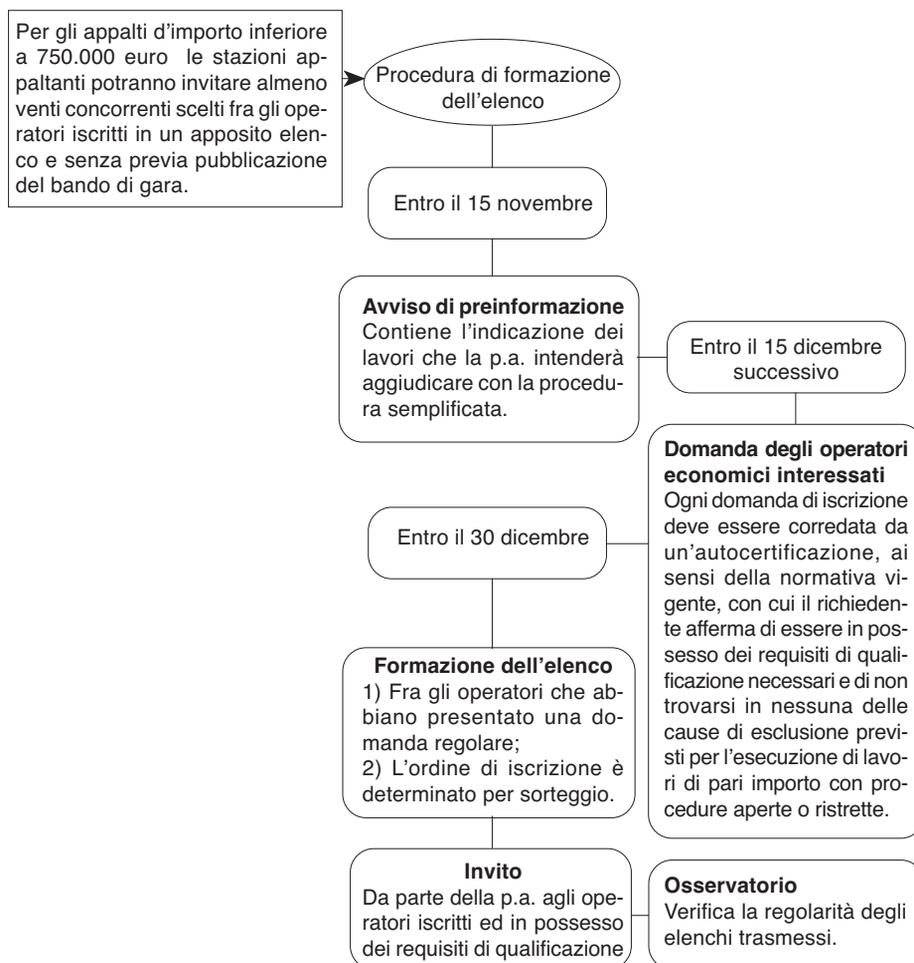
L'aggiudicazione della gara avverrà mediante invito formale rivolto dalla stazione appaltante agli operatori economici iscritti nel relativo elenco e nel rispetto della graduatoria previamente determinata; essi non potranno comunque ricevere ulteriori inviti (anche se non aggiudicatari) fino a quando non siano invitati tutti gli altri operatori economici iscritti all'elenco.

273. 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”*.

274. Art. 123, 10 comma, del Codice.

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".

Fig. 10 - La procedura ristretta semplificata (art. 123 D.L.vo n. 163/2006)



Fonte: Centro Studi CNI, 2007

12.5. L'aggiudicazione dei contratti pubblici di forniture e servizi di importo inferiore a 211.000 euro

L'art. 124 del Codice si preoccupa di disciplinare l'aggiudicazione dei contratti di servizi e forniture pubbliche d'importo inferiore alla soglia comunitaria di 211.000 euro **ovvero 137.000 per gli appalti banditi dalle Autorità governative centrali.**

Le semplificazioni previste sono sostanzialmente speculari a quelle introdotte 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:

- a) nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana - serie speciale - contratti pubblici;
- b) sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7, con le modalità ivi previste;
- c) 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 e 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.

12.6. L'acquisizione in economia e il cottimo fiduciario

Nell'ambito delle semplificazioni per i contratti "sotto soglia" vanno inquadrate anche i sistemi di acquisizione di lavori, servizi e forniture previsti dall'art. 125 del Codice i quali sono rispettivamente:

- a) l'acquisizione in economia;
- b) il cottimo fiduciario.

L'acquisizione in economia, in realtà, configura una modalità autarchica di esecuzione della prestazione e non può essere accostata alle "ordinarie" procedure di aggiudicazione se non per la reperibilità esterna, meramente eventuale, dei mezzi ovvero dell'assunzione di personale occorrente allo scopo.

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 proprio delle stazioni appaltanti, o even-

Tav. 16 - I termini di presentazione delle domande e delle offerte negli appalti di servizi e forniture sotto soglia

Termini ordinari	Termini abbreviati all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione ⁽¹⁾	Termini abbreviati all'esito delle trasmissioni dei bandi ed accesso ai capitolati per via elettronica ⁽²⁾	Termini speciali ⁽⁵⁾
<p>Procedura aperte</p> <p>Offerte: 15 giorni dalla data di pubblicazione del bando sulla GURI⁽⁶⁾</p>	<p>Offerte: 10 giorni ridotti al massimo fino a 7 giorni dalla pubblicazione del bando sulla GURI.</p>	<p>Esclusa dall'ambito di operatività dell'art. 124, 6° comma, lett. f)</p> <p>Offerte: i termini per la ricezione sono formulati in modo adeguato a convincere che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni per la formulazione delle offerte.</p> <p>Offerte: i termini per la ricezione sono formulati in modo adeguato a convincere che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni per la formulazione delle offerte</p>	<p>Proroga termini nei casi di: 1) mancata tempestiva visione dei capitolati; 2) necessità di visita dei luoghi⁽⁴⁾</p>

(1) Avviso facoltativo.

(2) 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 è 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 è cumulabile con quella di cui al comma 6". Il Codice sembrerebbe escludere le riduzioni previste dall'art. 70, 8° comma. Diatti, fra le norme richiamate dall'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".

(3) 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".

(4) 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".

(5) 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'luogo 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.

(6) Art. 124, 6° comma, lett. a) del Codice.

segue

Tav. 16 - I termini di presentazione delle domande e delle offerte negli appalti di servizi e forniture sotto soglia

Termini ordinari	Termini abbreviati all'esito della pubblicazione di un avviso di preinformazione	Termini abbreviati per trasmissioni dei bandi ed accesso ai capitolati per via elettronica	Termini abbreviati per procedure d'urgenza	Termini speciali
<p>Procedure ristrette</p>	<p>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 avvisi preinformativi.</p>			
<p>Procedure negoziate con bando</p>	<p><i>Domande:</i> 7 giorni dalla data di pubblicazione del bando sulla GURI; <i>Offerte:</i> 10 giorni dalla data di invio della lettera di invito (art. 124, 6° comma, lett. b) e c)</p>			
<p>Procedure negoziate con bando</p>	<p><i>Offerte:</i> 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.</p>			
<p>Dialogo competitivo</p>	<p><i>Domande:</i> 7 giorni dalla data di pubblicazione del bando sulla GURI; <i>Offerte:</i> 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).</p>			
<p>Procedure ristrette</p>	<p>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 avvisi preinformativi.</p>			
<p>Procedure negoziate con bando</p>	<p><i>Domande:</i> 7 giorni dalla data di pubblicazione del bando sulla GURI; <i>Offerte:</i> 10 giorni dall'invio dell'invito (art. 124, 6° comma, lett. d)</p>			
<p>Procedure negoziate con bando</p>	<p><i>Offerte:</i> 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.</p>			
<p>Dialogo competitivo</p>	<p><i>Domande:</i> 7 giorni dalla data di pubblicazione del bando sulla GURI; <i>Offerte:</i> 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).</p>			

Fonte: Centro studi CNI, 2007

tualmente 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*²⁷⁵; 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*".

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 Codice²⁷⁶.

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. 554/99²⁷⁷. Tuttavia, la perdurante vigenza, ai sensi del citato art. 253, del regolamento del 1999 comporterà, altresì, il persistere dell'obbligatorietà del rilascio preventivo di tale atto assentivo fino all'emanazione del nuovo Regolamento generale.

I lavori pubblici potranno essere eseguiti:

- mediante cottimo fiduciario per importi non superiori a 200.000 euro;
- mediante amministrazione diretta se d'importo non superiore a 50.000 euro.

Sotto il profilo delle procedure di aggiudicazione, il Codice, discostandosi dalla previsione del regolamento approvato con il DPR n. 554/99, prevede che:

275. 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 *Cons. St.*, 1992, II, 1521; TAR Sicilia, I, 6.3.1989, n. 184 in *T.A.R.*, 1989, I, 2070. Il testo di legge non lascia più spazio a dubbi in merito.

276. 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*".

277. 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.*

- 1) per i lavori aventi un importo compreso fra 40.000 euro (valore limite compreso) e 200.000 euro (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 euro la stazione appaltante, potrà ("è consentito") esperire l'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, l'art. 144 del DPR n. 554/99 consentiva l'affidamento diretto per i lavori *d'importo inferiore ai 20.000 euro*; l'art. 125 del Codice, dunque, innalza tale soglia di valore, realizzando un'operazione preclusa dalle ristrettezze della delega. **La norma in parola, dunque, deve ritenersi illegittima.**

L'individuazione dei lavori eseguibili **con entrambe le procedure**, come già prescritto dall'art. 88 del DPR n. 554/99, dovrà essere effettuata da ciascuna amministrazione secondo le proprie specifiche competenze. Potranno essere altresì realizzate le seguenti lavorazioni²⁷⁸:

- 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 55²⁷⁹, 121²⁸⁰, 122²⁸¹;
- 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.

278. 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 per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione 21.02.2001, n. 9.

279. Procedure aperte e ristrette.

280. Disciplina dei contratti sotto soglia.

281. Procedure per i contratti sotto soglia.

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 stimabile²⁸².

Relativamente alla qualificazione dei concorrenti il Codice prevede sia una qualificazione "speciale", ossia relativa alla singola gara specifica, che "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 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 Autorità governative centrali indicate nell'allegato IV, gli acquisti in economia saranno possibili per importi inferiori alla soglia di euro 137.000²⁸³;
- 2) per tutte le altre Amministrazioni aggiudicatrici gli acquisti in economia saranno possibili per importi inferiori alla soglia di 211.000 euro.

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 dalla 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;

282. 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"*.

283. 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.

- 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;
- 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, culturale²⁸⁴.

Anche per quanto concerne gli aspetti procedurali, fermo restando quanto detto sopra circa la transitoria vigenza del DPR n. 384/2001 e dei relativi provvedimenti amministrativi, 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;

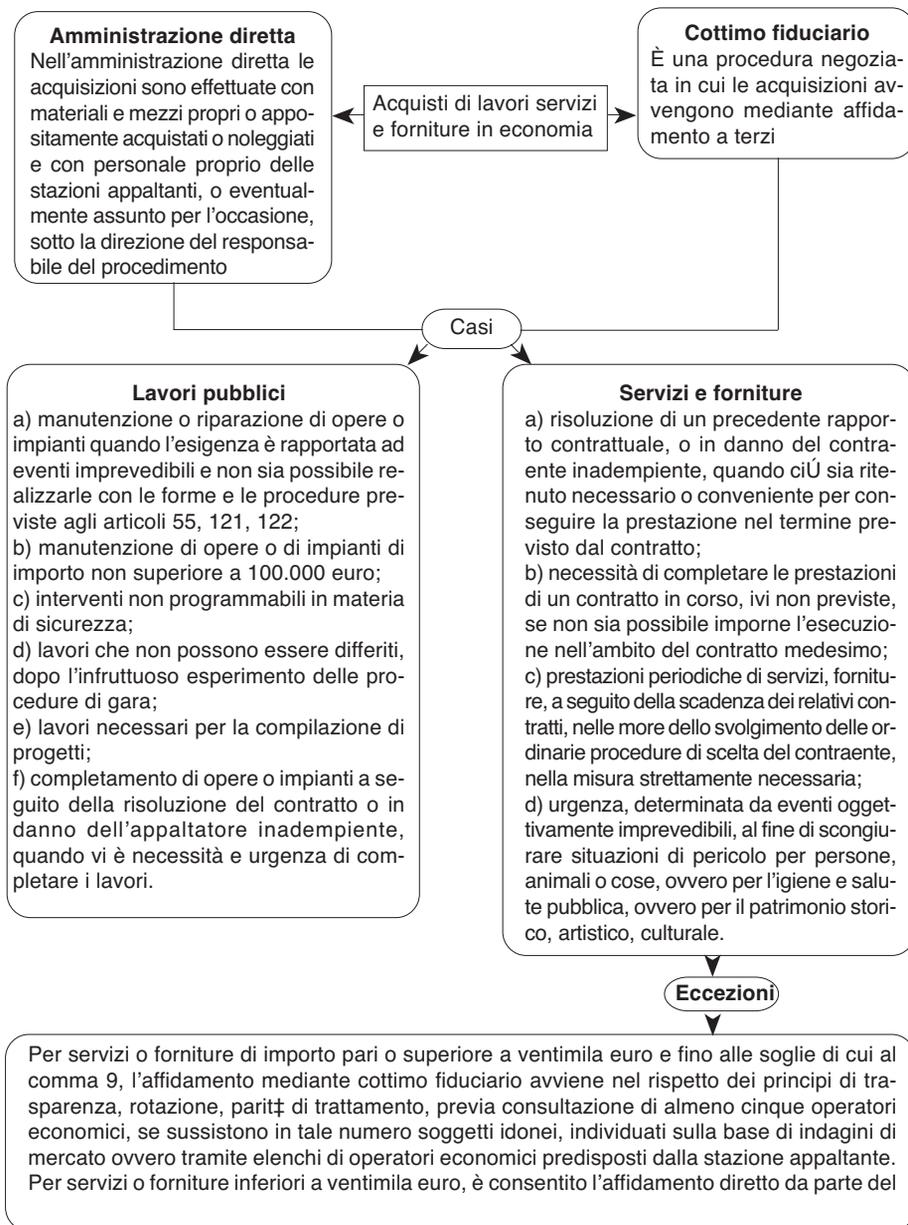
2) per servizi o forniture *inferiori a 20.000 euro*, è consentito l'affidamento diretto da parte del Responsabile del procedimento.

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. 384/2001²⁸⁵.

284. Art. 125, 10 comma, del D.L.vo n. 163/2006.

285. Difatti, l'art. 5 del citato DPR n. 384/2001 dispone che *"Si prescinde dalla richiesta di pluralità di preventivi nel caso di nota specialità del bene o servizio da acquisire, in relazione alle caratteristiche tecniche o di mercato, ovvero quando l'importo della spesa non superi l'ammontare di 20.000 euro, con esclusione dell'IVA. 4. Il limite di importo di cui al comma 3 è elevato a 40.000 euro, con esclusione dell'IVA, per l'acquisizione di beni e servizi connessi ad impellenti ed imprevedibili esigenze di ordine pubblico"*. Tale ultima deroga non è prevista dal Codice.

Fig. 11 - Cottimo ed acquisti in economia (art. 125 D.L.vo n. 163/006)



Fonte: Centro studi CNI, 2007

13. La disciplina speciale dei lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi

Il D.L.vo n. 163/2006 regola (articolo 161 e seguenti) anche la progettazione e la realizzazione delle infrastrutture strategiche e degli insediamenti produttivi di preminente interesse nazionale.

La preminenza dell'interesse nazionale di tali interventi è strettamente collegata al loro inserimento nel programma nazionale approvato dal CIPE ai sensi e per gli effetti dell'art. 1 della Legge 21 dicembre 2001, n. 443²⁸⁶.

286. Reca l'art. 1 della Legge n. 443/2001 "1. Il Governo, nel rispetto delle attribuzioni costituzionali delle regioni, individua le infrastrutture pubbliche e private e gli insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese nonché per assicurare efficienza funzionale ed operativa e l'ottimizzazione dei costi di gestione dei complessi immobiliari sedi delle istituzioni dei presidi centrali e la sicurezza strategica dello Stato e delle opere la cui rilevanza culturale trascende i confini nazionali. L'individuazione è 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 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. Nell'individuare le infrastrutture e gli insediamenti strategici di cui al presente comma, il Governo procede secondo finalità di riequilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale, nonché a fini di garanzia della sicurezza strategica e di contenimento dei costi dell'approvvigionamento energetico del Paese e per l'adeguamento della strategia nazionale a quella comunitaria delle infrastrutture e della gestione dei servizi pubblici locali di difesa dell'ambiente. Al fine di sviluppare la portualità turistica, il Governo, nell'individuare le infrastrutture e gli insediamenti strategici, tiene conto anche delle strutture dedicate alla nautica da diporto di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a) e b), del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 2 dicembre 1997, n. 509. Il programma tiene conto del Piano generale dei trasporti. L'inserimento nel programma di infrastrutture strategiche non comprese nel Piano generale dei trasporti costituisce automatica integrazione dello stesso. Il Governo indica nel disegno di legge finanziaria ai sensi dell'articolo 11, comma 3, lettera i-ter), della legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni, le risorse necessarie, che si aggiungono ai finanziamenti pubblici, comunitari e privati allo scopo disponibili, senza diminuzione delle risorse già destinate ad opere concordate con le regioni e le province autonome e non ricomprese nel programma. In sede di prima applicazione della presente legge il programma è approvato dal CIPE entro il 31 dicembre 2001. Gli interventi previsti dal programma sono automaticamente inseriti nelle intese istituzionali di programma e negli accordi di programma quadro nei comparti idrici ed ambientali, ai fini della individuazione delle priorità e ai fini dell'armonizzazione con le iniziative già incluse nelle intese e negli accordi stessi, con le indicazioni delle risorse disponibili e da reperire, e sono compresi in una intesa generale quadro avente validità pluriennale tra il Governo e ogni singola regione o provincia autonoma, al fine del congiunto coordinamento e realizzazione delle opere. 1-bis. Il programma da inserire nel Documento di programmazione economico-finanziaria deve contenere le seguenti indicazioni: a) elenco delle infrastrutture e degli insediamenti strategici da realizzare; b) costi stimati per ciascuno degli interventi; c) risorse disponibili e relative fonti di finanziamento; d) stato di realizzazione degli interventi previsti nei programmi precedentemente approvati; e) quadro delle risorse finanziarie già destinate e degli ulteriori finanziamenti necessari per il completamento degli interventi".

L'approvazione dei relativi progetti avviene nell'ambito del CIPE, allargato alla partecipazione dei rappresentanti del Governo e delle Regioni interessate. Le procedure di aggiudicazione per tali opere sono esclusivamente quelle ristrette mentre i sistemi di esecuzione (ossia le tipologia negoziali utilizzabili) sono rispettivamente:

1. la concessione di lavori pubblici;
2. l'affidamento a contraente generale;
3. il *project financing*;
4. la società pubblica di progetto.

La progettazione è articolata nei tre livelli essenziali (preliminare, definitivo ed esecutivo).

Il **progetto preliminare**, redatto dal promotore ovvero dalle amministrazioni competenti ovvero, ancora, dai soggetti incaricati ai sensi degli artt. 90, 91 e 92 del D.L.vo n. 163/2006, **non sarà soggetto a Conferenza di servizi** e dovrà essere trasmesso dalle amministrazioni aggiudicatrici al Ministero delle infrastrutture e, ove competenti, al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, al Ministero delle attività produttive e al Ministero per i beni e le attività culturali, nonché alle Regioni o Province autonome competenti per territorio.

Tali amministrazioni, ove vi abbiano interesse, rimetteranno le proprie valutazioni, *entro novanta giorni* dalla ricezione del progetto preliminare, al medesimo Ministero delle infrastrutture che, nei *successivi sessanta giorni*, acquisito, nei casi previsti, il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici o di altra commissione consultiva competente, formula la propria proposta al CIPE, che si pronuncerà nei *successivi trenta giorni* decidendo a maggioranza con il consenso delle Regioni ai fini della localizzazione dell'infrastruttura.

Ove non siano pervenute, nel termine prescritto, una o più delle valutazioni o pareri di cui sopra, il Ministero delle infrastrutture invita i soggetti medesimi a rendere la valutazione o parere *entro i successivi trenta giorni*; in mancanza di riscontro il Ministro formula la propria proposta al CIPE, con eventuali prescrizioni²⁸⁷.

Nel caso di dissenso regionale in ordine alla localizzazione dell'infrastruttura occorre distinguere fra:

- a) **infrastrutture di carattere interregionale o internazionale**; in questi casi il progetto preliminare è sottoposto alla valutazione del Consiglio superiore dei lavori pubblici, alla cui attività istruttoria partecipano i rappresentanti della Regione o Provincia autonoma interessata. A tale fine, il progetto è rimesso a cura del Ministero al Consiglio superiore dei lavori pubblici che, *nei quarantacinque giorni dalla ricezione*, valuta i

287. Art. 165, D.L.vo 163/2006.

motivi del dissenso e l'eventuale proposta alternativa che, nel rispetto delle funzionalità dell'opera, la Regione o Provincia autonoma dissenziente avesse formulato all'atto del dissenso. Il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici è rimesso dal Ministro al CIPE, che assume le proprie motivate definitive determinazioni *entro i successivi trenta giorni*. Ove, anche in questa sede permanga il dissenso della Regione o Provincia autonoma, alla approvazione del progetto preliminare si provvede *entro sessanta giorni* con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture, e, per le infrastrutture di competenza di altri Ministeri, di concerto con il Ministro delle attività produttive o altro Ministro competente per materia, sentita la Commissione parlamentare per le questioni regionali;

- b) **per le altre infrastrutture e insediamenti produttivi**; in caso di dissenso delle Regioni o Province autonome interessate, si provvede, *entro i successivi sei mesi* e a mezzo di un collegio tecnico costituito d'intesa tra il Ministero e la Regione o Provincia autonoma interessata, ad una nuova valutazione del progetto preliminare e della eventuale proposta alternativa che, nel rispetto delle funzionalità dell'opera, la Regione o Provincia autonoma dissenziente avesse formulato all'atto del dissenso. Ove permanga il dissenso sul progetto preliminare, il Ministro delle infrastrutture propone al CIPE, d'intesa con la Regione o Provincia autonoma interessata, la sospensione della infrastruttura o insediamento produttivo, in attesa di nuova valutazione in sede di aggiornamento del programma, ovvero l'avvio della procedura prevista in caso di dissenso sulle infrastrutture o insediamenti produttivi di carattere interregionale o internazionale.

L'approvazione del progetto preliminare, con le modalità di cui sopra, comporta l'accertamento della compatibilità ambientale dell'intervento e perfezionamento, ad ogni fine urbanistico-edilizio, l'intesa Stato-Regioni sulla sua localizzazione, comportando automatica variante agli strumenti urbanistici vigenti. Sulla base del progetto preliminare prende anche avvio la procedura espropriativa.

Di contro, invece, all'approvazione del progetto definitivo (sempre a carico del CIPE) sono collegati tutti gli atti di assenso variamente denominati e necessari per la realizzazione dell'infrastruttura ovvero dell'insediamento strategico.

Anche in questo caso, **il progetto definitivo**, integrato da una relazione del progettista attestante la rispondenza al progetto preliminare e alle eventuali prescrizioni dettate in sede di approvazione dello stesso, con particolare riferimento alla compatibilità ambientale e alla localizzazione dell'opera, e corredato inoltre, dalla definizione delle eventuali opere e misure mitigatrici e compensative

dell'impatto ambientale, territoriale e sociale, viene presentato dal soggetto aggiudicatore a tutte le amministrazioni rappresentate in seno al CIPE, competente alla sua approvazione, nonché a tutte le altre amministrazioni competenti al rilascio di autorizzazioni varie²⁸⁸.

Nel termine perentorio di novanta giorni dal ricevimento del progetto, le pubbliche amministrazioni competenti e i gestori di opere interferenti possono presentare motivate proposte di adeguamento o richieste di prescrizioni per il progetto definitivo o di varianti migliorative che non modificano la localizzazione e le caratteristiche essenziali delle opere, nel rispetto dei limiti di spesa e delle caratteristiche prestazionali e delle specifiche funzionali individuate in sede di progetto preliminare. Le proposte e richieste sono acquisite dal Ministero a mezzo di apposita Conferenza di servizi istruttoria, convocata, non prima di trenta giorni dal ricevimento del progetto, da parte dei soggetti interessati e conclusa non oltre il termine di novanta giorni.

Nei novanta giorni successivi alla conclusione della Conferenza di servizi il Ministero valuta la compatibilità delle proposte e richieste pervenute, entro il termine di cui al comma 3 da parte delle pubbliche amministrazioni competenti e dei gestori di opere interferenti con le indicazioni vincolanti contenute nel progetto preliminare approvato e formula la propria proposta al CIPE che, nei trenta giorni successivi, approva, con eventuali integrazioni o modificazioni, il progetto definitivo, anche ai fini della dichiarazione di pubblica utilità. Tale approvazione, da parte del CIPE, sostituisce ogni altra autorizzazione e/o dichiarazione necessaria per la realizzazione dell'intervento progettato.

La **progettazione esecutiva** è comunque rimessa al soggetto aggiudicatario, ai sensi di quanto previsto dall'art. 177 del Codice, il quale individua, come procedura di aggiudicazione, *la procedura ristretta* che impone a base di gara la progettazione preliminare (nel caso di contraente generale) ovvero definitiva (nel caso delle concessioni) alle quali deve aggiungersi quella del *project financing* (che pone a base di gara la progettazione preliminare).

I soggetti aggiudicatori possono stabilire e indicare nel bando di gara, in relazione all'importanza e alla complessità delle opere da realizzare, il numero minimo e massimo di concorrenti che verranno invitati a presentare offerta. Nel caso in cui le domande di partecipazione superino il predetto numero massimo, i soggetti aggiudicatori individuano i soggetti da invitare redigendo una graduatoria di merito sulla base di criteri oggettivi, non discriminatori e pertinenti all'oggetto del contratto, predefiniti nel bando di gara. In ogni caso, il numero minimo di concorrenti da invitare *non può essere inferiore a cinque*, se esistono in tale numero soggetti qualificati.

288. Art. 166, 3° comma, D.L.vo 163/2006.

In ogni caso, il numero di candidati invitati deve essere sufficiente ad assicurare una effettiva concorrenza.

L'aggiudicazione dei contratti dovrà avvenire *al prezzo più basso ovvero all'offerta economicamente più vantaggiosa*; in quest'ultimo caso, l'offerta economicamente più vantaggiosa deve essere individuata sulla base di una pluralità di criteri fra i quali:

- a) il prezzo;
- b) il valore tecnico ed estetico delle varianti;
- c) il tempo di esecuzione;
- d) il costo di utilizzazione e di manutenzione;
- e) per le concessioni, il rendimento, la durata della concessione, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza, nonché l'eventuale prestazione di beni e servizi a norma dell'articolo 174, comma 2;
- f) (lettera abrogata dall'articolo 1-octies della legge n. 228 del 2006);
- g) la maggiore entità, rispetto a quella prevista dal bando, del prefinanziamento che il candidato è in grado di offrire;
- h) ulteriori elementi individuati in relazione al carattere specifico delle opere da realizzare.

I contratti utilizzabili per l'esecuzione dei lavori sono, come detto sopra, quelli della *concessione*, del *contraente generale*, del *project financing* e della *società pubblica di progetto*.

Ai sensi dell'art. 174 del Codice, il concessionario assume a proprio carico il rischio di gestione dell'opera. Il prezzo eventualmente da accordare al concessionario e la durata della concessione sono determinati, nel bando di gara, sulla base del piano economico finanziario e costituiscono parametri di aggiudicazione della concessione. Nella determinazione del prezzo si tiene conto dell'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.

Le procedure di appalto del concessionario e i rapporti dello stesso concessionario con i propri appaltatori o con il proprio contraente generale sono regolate esclusivamente dalle:

- norme regolanti gli appalti del concessionario di cui agli articoli da 146 a 151 che disciplinano rispettivamente:
 - 1) gli obblighi e le facoltà del concessionario in relazione all'affidamento a terzi di una parte dei lavori quali l'imposizione al concessionario di affidare a terzi una percentuale non inferiore al 30% dei lavori a terzi ovvero invitare i candidati ad indicare la predetta percentuale;
 - 2) la possibilità di affidare in via diretta, al concessionario, i lavori com-

- plementari che non figurino nel progetto inizialmente previsto o nel contratto iniziale, ma che siano divenuti indispensabili;
- 3) le procedure di affidamento dei lavori da parte del concessionario sia che si tratti di amministrazioni aggiudicatrici sia che si tratti di soggetti non inquadrabili in quest'ultima categoria;
- norme di qualificazione degli appaltatori e subappaltatori di cui al nuovo Regolamento generale (medio tempore continueranno ad applicarsi i regolamenti vigenti approvati con il DPR n. 554/99 e 34/2000);
 - verifiche antimafia, da espletarsi nei confronti degli affidatari e subaffidatari di lavori.

I rapporti tra concessionario e appaltatore o contraente generale sono rapporti di diritto privato disciplinati dal contratto e dalle norme del Codice civile mentre quelli fra il concessionario e le imprese esecutrici dei lavori sono individuati e regolati dall'articolo 149, comma 3, del D.L.vo 163/2006²⁸⁹. Ove il concessionario si avvalga di un contraente generale per la realizzazione delle opere, ai rapporti tra concessionario e contraente generale si applicano i commi 7, 8 e 9 dell'articolo 176²⁹⁰. Ove il contraente generale sia un'impresa collegata al concessionario, deve assicurare il subaffidamento a terzi delle quote ad essi riservate in sede di gara ovvero ai sensi del comma 4²⁹¹; il subaffidamento delle quote

289. Art. 149, 3° comma del Codice: *“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, né 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”*.

290. Ai sensi dell'art. 176 commi 7, 8 e 9 del D.lg. 163/2006: *“7. Il contraente generale può eseguire i lavori affidati direttamente, nei limiti della qualificazione posseduta a norma del regolamento, ovvero mediante affidamento a soggetti terzi. I terzi affidatari di lavori del contraente generale devono a loro volta possedere i requisiti di qualificazione prescritti dal regolamento, e possono subaffidare i lavori nei limiti e alle condizioni previste per gli appaltatori di lavori pubblici; l'articolo 118 si applica ai predetti subaffidamenti. Il soggetto aggiudicatore richiede al contraente generale di individuare e indicare, in sede di offerta, le imprese esecutrici di una quota non inferiore al 30% degli eventuali lavori che il contraente generale prevede di eseguire mediante affidamento a terzi. 8. L'affidamento al contraente generale, nonché gli affidamenti e subaffidamenti di lavori del contraente generale, sono soggetti alle verifiche antimafia, con le modalità previste per i lavori pubblici. 9. Il soggetto aggiudicatore verifica periodicamente il regolare adempimento degli obblighi contrattuali del contraente generale verso i propri affidatari; ove risulti la inadempienza del contraente generale, il soggetto aggiudicatore ha facoltà di applicare una detrazione sui successivi pagamenti e procedere al pagamento diretto all'affidatario, nonché di applicare le eventuali diverse sanzioni previste in contratto”*.

291. Dispone la norma citata che: *“Il contraente generale risponde nei confronti del soggetto aggiudicatore della corretta e tempestiva esecuzione dell'opera, secondo le successive previsioni del presente capo. I rapporti tra soggetto aggiudicatore e contraente generale sono regolati, per quanto non previsto dalla legge 21 dicembre 2001, n. 443, dal presente capo e dal regolamento, dalle norme della parte II che costituiscono attuazione della direttiva 2004/18 o dalle norme della parte III, dagli atti di gara e dalle norme del codice civile regolanti l'appalto”*.

predette dovrà avvenire con la procedura prevista per gli appalti del concessionario dagli articoli da 146 a 151.

Ai sensi dell'art. 175 del Codice l'esperimento del *project financing* richiede la preventiva pubblicazione, da parte del Ministero delle infrastrutture sul sito informatico di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n. 20²⁹², 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. Il soggetto aggiudicatore non prende in esame le proposte pervenute oltre la scadenza del termine.

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.

Il soggetto aggiudicatore, ove valuti la proposta di pubblico interesse ai sensi dell'articolo 154²⁹³, promuove, ove necessaria, la procedura di valutazione di impatto ambientale e quella di localizzazione urbanistica, ai sensi dell'articolo 165. A tale fine, il promotore integra il progetto preliminare con lo studio d'impatto ambientale e quant'altro necessario alle predette procedure. Il CIPE valuta la proposta del promotore, unitamente al progetto preliminare, entro il termine di trenta giorni dalla ricezione dei predetti documenti²⁹⁴. Ove 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 per le espletate procedure di valutazione di impatto ambientale e per le opere di mitigazione al-

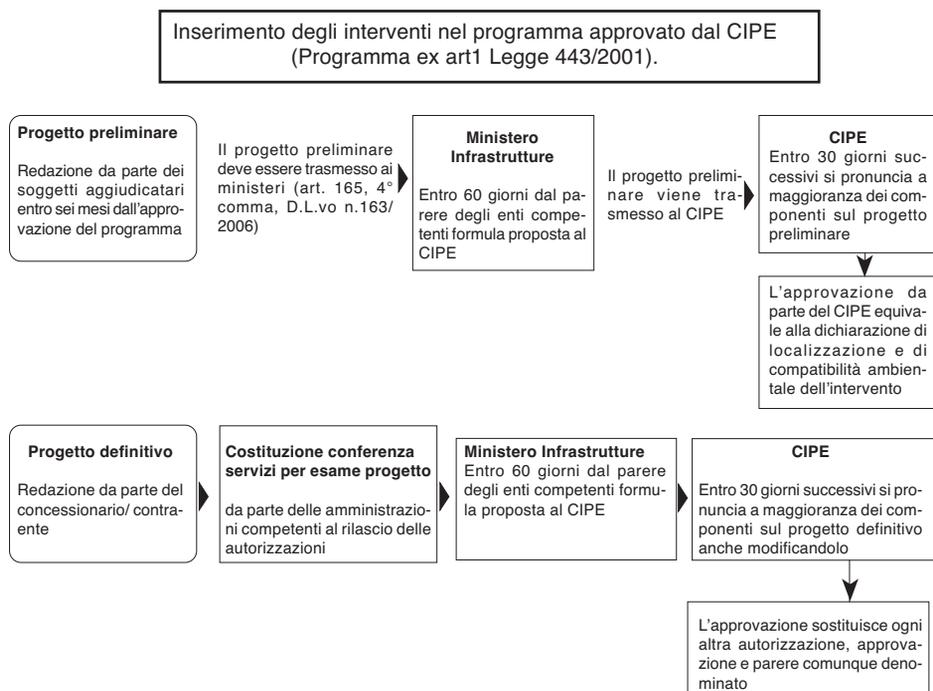
292. Il sito sul quale dovranno essere pubblicati i documenti e gli atti di gara.

293. Ai sensi dell'art. 154 del Codice: *"Le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico e ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse. La pronuncia delle amministrazioni aggiudicatrici deve intervenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta del promotore. Ove necessario, il responsabile del procedimento concorda per iscritto con il promotore un più lungo programma di esame e valutazione. Nella procedura negoziata di cui all'articolo 155 il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione"*.

294. Art. 165, 4° comma, del Codice.

l'uopo necessarie nella misura non eccedente il 5% del costo complessivo dell'opera. La gara è bandita entro un mese dalla delibera di approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE, ed è regolata dall'articolo 177 che prevede il sistema di aggiudicazione della procedura ristretta secondo i criteri del prezzo più basso ovvero dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Fig. 12 - La progettazione delle infrastrutture strategiche



Fonte: Centro studi CNI, 2007

13.1. Il contraente generale

Per “*affidamento a contraente generale*” si intende, ai sensi dell’art. 162, lett. g del Codice, il contratto, di cui all’articolo 3, comma 7 del Codice, con il quale viene affidata la progettazione e realizzazione *con qualsiasi mezzo* di una infrastruttura rispondente alle esigenze specificate dal soggetto aggiudicatore.

Il *contraente generale* si differenzia dal *concessionario* di opere pubbliche perché ad esso non è affidata la gestione dell’opera eseguita. Inoltre, il contraente generale è qualificato per specifici connotati di capacità organizzativa e tecnico-realizzativa; assume l’onere relativo all’anticipazione temporale del finanziamento necessario alla realizzazione dell’opera in tutto o in parte con mezzi finanziari privati; è libero di scegliere la forma della realizzazione dell’opera; è legato al soggetto aggiudicatore da una obbligazione di risultato complessivo di cui assume il relativo rischio.

Ai sensi dell’art. 176 del Codice, il soggetto aggiudicatore 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.

Il *contraente generale* provvede:

- a) allo sviluppo del progetto definitivo e alle attività tecnico amministrative occorrenti al soggetto aggiudicatore per pervenire all’approvazione dello stesso da parte del CIPE, ove detto progetto non sia stato posto a base di gara;
- b) all’acquisizione delle aree di sedime; la delega di cui all’articolo 6, comma 8, del DPR 8 giugno 2001, n. 327, in assenza di un concessionario, può essere accordata al contraente generale²⁹⁵;
- c) alla progettazione esecutiva;
- d) all’esecuzione con qualsiasi mezzo dei lavori e alla loro direzione;
- e) al prefinanziamento, in tutto o in parte, dell’opera da realizzare;
- f) ove richiesto, all’individuazione delle modalità gestionali dell’opera e di selezione dei soggetti gestori;

295. Dispone l’art. 6, 8° comma del Codice che: “*Se l’opera pubblica o di pubblica utilità va realizzata da un concessionario o contraente generale, l’amministrazione titolare del potere espropriativo può delegare, in tutto o in parte, l’esercizio dei propri poteri espropriativi, determinando chiaramente l’ambito della delega nella concessione o nell’atto di affidamento, i cui estremi vanno specificati in ogni atto del procedimento espropriativo. A questo scopo i soggetti privati cui sono attribuiti per legge o per delega poteri espropriativi, possono avvalersi di società controllata. I soggetti privati possono altresì avvalersi di società di servizi ai fini delle attività preparatorie*”.

- g) all'indicazione, al soggetto aggiudicatore, del piano degli affidamenti, delle espropriazioni, delle forniture di materiale e di tutti gli altri elementi utili a prevenire le infiltrazioni della criminalità, secondo le forme stabilite tra quest'ultimo e gli organi competenti in materia.

A sua volta il *soggetto aggiudicatore* provvede:

- a) alle attività necessarie all'approvazione del progetto definitivo da parte del CIPE, ove detto progetto non sia stato posto a base di gara;
- b) all'approvazione del progetto esecutivo e delle varianti;
- c) alla alta sorveglianza sulla realizzazione delle opere;
- d) al collaudo delle stesse;
- e) alla stipulazione di appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza nonché di prevenzione e repressione della criminalità, finalizzati alla verifica preventiva del programma di esecuzione dei lavori in vista del successivo monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano.

Il contraente generale risponde nei confronti del soggetto aggiudicatore della corretta e tempestiva esecuzione dell'opera. I rapporti tra soggetto aggiudicatore e contraente generale sono regolati, per quanto non previsto dalla legge 21 dicembre 2001, n. 443, dalle norme del Codice e dal regolamento, e dalle norme del codice civile regolanti l'appalto.

Tav. 17 - Compiti e funzioni del contraente generale e del soggetto aggiudicatore

Funzioni del contraente generale	Funzioni del soggetto aggiudicatore
a) sviluppo del progetto definitivo ed attività tecnico amministrative occorrenti al soggetto aggiudicatore per pervenire all'approvazione dello stesso da parte del CIPE, ove detto progetto non sia stato posto a base di gara;	Il soggetto aggiudicatore provvede: a) alle attività necessarie all'approvazione del progetto definitivo da parte del CIPE, ove detto progetto non sia stato posto a base di gara;
b) acquisizione delle aree di sedime; la delega di cui all'articolo 6, comma 8, del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, in assenza di un concessionario, può essere accordata al contraente generale;	b) all'approvazione del progetto esecutivo e delle varianti; c) alla alta sorveglianza sulla realizzazione delle opere;
c) progettazione esecutiva;	d) al collaudo delle stesse;
d) esecuzione con qualsiasi mezzo dei lavori e alla loro direzione;	e) alla stipulazione di appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza nonché di prevenzione e repressione della criminalità, finalizzati alla verifica preventiva del programma di esecuzione dei lavori in vista del successivo monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano.
e) prefinanziamento, in tutto o in parte, dell'opera da realizzare;	
f) ove richiesto, individuazione delle modalità gestionali dell'opera e di selezione dei soggetti gestori;	
g) indicazione, al soggetto aggiudicatore, del piano degli affidamenti, delle espropriazioni, delle forniture di materiale e di tutti gli altri elementi utili a prevenire le infiltrazioni della criminalità, secondo le forme stabilite tra quest'ultimo e gli organi competenti in materia.	

Fonte: Centro studi CNI, 2007

14. Il contenzioso

La parte IV del D.L.vo n. 163/2006 disciplina una serie di istituti volti a deflazionare il contenzioso giurisdizionale nella materia dei contratti pubblici. Tali istituti sono:

- la transazione (art. 239 del Codice);
- l'accordo bonario (art. 240 del Codice);
- l'arbitrato (art. 241 del Codice).

L'introduzione della **transazione** rappresenta, una novità, rispetto alla Legge n. 109/1994 ed ai Decreti Legislativi n. 157/95 e 358/92; la sua *ratio* si estrinseca nell'esigenza di creare uno strumento agile, *alternativo e facoltativo* rispetto all'accordo bonario.

L'istituto, sotto il profilo sostanziale, era già presente nell'ordinamento dei lavori pubblici, seppur nella forma speciale dell'accordo bonario²⁹⁶, sicché la vera novità del Codice afferisce piuttosto all'ambito di operatività di quest'ultimo negozio giuridico, divenuto di portata generale.

L'art. 239 prevede che: *"Anche al di fuori dei casi in cui è previsto il procedimento di accordo bonario ai sensi dell'articolo 240, le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, possono sempre essere risolte mediante transazione nel rispetto del codice civile"*. La transazione, dunque, è diretta a prevenire (ovvero risolvere) liti giudiziarie a prescindere anche dalla sussistenza di un diritto che legittimi l'esperimento dell'azione; in tal senso depone anche la disciplina codicistica della transazione che, ai sensi dell'art. 1965 del Codice civile, è il contratto con il quale, le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere fra loro.

Il negozio transattivo dovrà rivestire la forma scritta *ad substantiam* (ossia a pena di nullità), così come, peraltro generalmente riconosciuto per tutti i contratti nei quali sia parte una pubblica amministrazione²⁹⁷.

296. In questo senso si veda l'art. 240, comma 18 del Codice secondo cui l'accordo bonario ha natura di transazione.

297. *Ex multis*: Cass. civ., sez. I 06-06-2002, n. 8192 secondo cui: *"Il contratto di cui sia parte la Pubblica Amministrazione richiede "ad substantiam" la forma scritta, ed, a tal fine, è irrilevante, ove si tratti di un Comune, l'esistenza di una deliberazione di consiglio o di giunta, la quale costituisce atto interno, con funzione autorizzatoria, volta a consentire all'organo rappresentativo di impegnare contrattualmente l'ente nei limiti fissati dalla stessa delibera, mentre è l'atto dell'organo rappresentativo a dover essere preso in esame per stabilire se l'ente è stato impegnato contrattualmente dall'organo competente"*. Nello stesso senso Cass. civ., sez. I, 06-02-1997, n. 1117; Cass. civ., sez. I, 14-03-1998, n. 2772; Cass. civ., sez. I, 16.10-1999, n. 11687.

Il comma 2 dell'art. 239 del D.L.vo n. 163/2006 prevede, altresì, il necessario parere dell'Avvocatura dello Stato ovvero, in mancanza, del funzionario di livello più elevato qualora la transazione ecceda la somma di euro 100.000 e rimette al Dirigente dell'Ente, sentito il responsabile del procedimento, il potere di formulare la proposta transattiva all'aggiudicatario ovvero di esaminare quella formulata da quest'ultimo²⁹⁸.

L'accordo bonario è invece regolamentato dall'art. 240 del Codice, il quale estende l'istituto anche ai contratti di servizi e di forniture qualora, all'esito della iscrizione di riserve verbalizzate nei documenti contabili esperite da parte dell'operatore economico esecutore della prestazione, l'importo economico controverso sia non inferiore al 10% dell'importo originariamente stipulato²⁹⁹.

Rientrano, altresì, nell'ambito di applicazione dell'istituto le controversie fra concessionario-stazione appaltante e l'appaltatore a prescindere dalla configurazione o meno del primo come amministrazione aggiudicatrice³⁰⁰.

Presupposti indefettibili³⁰¹ per l'attivazione della procedura di accordo bonario sono rispettivamente:

- 1) l'iscrizione di riserve nei documenti contabili che comportino la variazione del costo dell'intervento in misura comunque non inferiore al 10% dell'importo contrattuale;
- 2) una prodromica deliberazione da parte del Responsabile unico del procedimento in ordine all'ammissibilità ed alla non manifesta infondatezza delle riserve circoscritte, però, al solo raggiungimento del limite di valore di cui sopra. Il Responsabile unico del procedimento dovrà fondare la propria valutazione sulla **relazione riservata** del Direttore dei lavori all'uopo trasmessagli³⁰².

Positivamente riscontrati tali profili, la procedura delineata dall'art. 240 del D.L.vo n. 163/2006, così come quella definita dall'art. 31 - *bis* della Legge n. 109/1994 e successive modifiche, presenta un duplice snodo a seconda che l'importo dei lavori sia pari o superiore *ai dieci milioni di euro* ovvero inferiore a tale importo.

298. La norma non chiarisce a chi spetti l'approvazione della proposta formulata dall'aggiudicatario rimettendo al Dirigente esclusivamente un potere di **esame** della stessa. Sulla base di una interpretazione logico sistematica della norma ed alla luce del riparto delle competenze fra Dirigente ed organismi politici, si ritiene che la competenza alla stipula della transazione spetti al medesimo organo che ha stipulato il contratto.

299. In questo senso l'art. 240, comma 22 del D.L.vo n. 163/2006.

300. Art. 240 1° comma del D.L.vo n. 163/2006

301. Sui presupposti per l'attivazione del procedimento di accordo bonario si veda anche Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione n. 22 del 05/12/2001 in www.autoritavigilanzallpp.it

302. La riservatezza della relazione del direttore dei lavori rappresenta una delle novità introdotte dal D.L.vo n. 163/2006 in ordine alla disciplina dell'accordo bonario.

Nel primo caso (*importo lavori pari o superiore a dieci milioni di euro*) il Responsabile unico del procedimento promuove la costituzione di una Commissione incaricata di presentare, *entro 90 giorni dall'apposizione dell'ultima delle riserve*³⁰³, una proposta motivata di accordo bonario, una volta acquisita la relazione riservata del Direttore dei lavori, nonché, ove costituito, dell'organo di collaudo³⁰⁴.

Il D.L.vo n. 163/2006, dal comma 6 all'11 dell'art. 240, disciplina dettagliatamente il procedimento di formazione della Commissione in parola, rimettendo alle parti la nomina dei propri rappresentanti (uno per parte) e, a questi ultimi, la nomina del terzo componente. Ai membri della Commissione vengono estese le cause di astensione di all'art. 51 del Codice di procedura civile³⁰⁵ e le incompatibilità previste per gli arbitri³⁰⁶; i relativi compensi sono determinati nella misura del 50% dei corrispettivi minimi previsti dal D.M. 2.12.2000 n. 398 oltre al rimborso delle spese documentate.

La Commissione esperisce una proposta motivata di accordo transattivo sulla quale dovrà pronunciarsi, *entro trenta giorni dal ricevimento*, sia il soggetto che abbia formulato le riserve che l'amministrazione aggiudicatrice, nelle forme previste dal proprio ordinamento ed acquisiti gli eventuali ulteriori pareri ed autorizzazioni.

Le parti possono comunque derogare a tali criteri di riparto della competenza conferendo direttamente alla Commissione il potere di assumere decisioni vincolanti, perfezionando, nel loro interesse, l'accordo bonario risolutivo del-

303. Il termine in questione deve ritenersi, così come tutti i termini della procedura di accordo bonario, di carattere ordinatorio, ossia il cui superamento non comporta decadenze di sorta; così Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione n. 22 del 05/12/2001.

304. Art. 240, 5 comma, D.L.vo n. 163/2006.

305. Ai sensi dell'art. 51 del Codice di procedura civile si dispone che: *"Il giudice ha l'obbligo di astenersi: 1) se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto; 2) se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori; 3) se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori; 4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico; 5) se è tutore, curatore, procuratore, amministratore di sostegno, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa"*.

[2] In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell'Ufficio l'autorizzazione ad astenersi; quando l'astensione riguarda il capo dell'Ufficio, l'autorizzazione è chiesta al capo dell'Ufficio superiore [disp. att. 78].

le riserve³⁰⁷. Qualora i membri della Commissione non procedano alla nomina del terzo componente, la proposta motivata di accordo dovrà essere esperita dal Responsabile unico del procedimento, *entro sessanta giorni* dalla scadenza del termine per la predetta nomina ai sensi dell'art. 240, 12° comma, del D.L.vo n. 163/2006.

Qualora *l'importo dei lavori sia inferiore ai dieci milioni di euro*, la nomina della Commissione di cui al 5° comma è facoltativa e, qualora costituita, il Responsabile unico del procedimento potrà esserne membro. In caso di mancata costituzione della Commissione, la proposta di accordo è formulata direttamente dal Responsabile unico del procedimento la decisione assunta ai sensi dell'art. 240, 12° comma. Anche per tali lavori, la nomina della Commissione è obbligatoria³⁰⁸ qualora il Responsabile del procedimento riceva il certificato di collaudo ovvero di regolare esecuzione, a prescindere dall'importo delle riserve ancora da definirsi.

Il verbale di accordo, che può essere redatto secondo lo schema tipo predisposto dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici³⁰⁹, riveste natura transattiva.

L'art. 241 del D.L.vo n. 163/2006 detta una disciplina unitaria dell'**arbitrato** raccordandola alle novità previste dal Codice di procedura civile all'esito della novella del 2005 e razionalizzando una disciplina normativa piuttosto frastagliata contraddistinta dalle seguenti disposizioni: art. 32, Legge n. 109/1994; articoli 150 e 151, DPR n. 554/1999; art. 6, comma 2, Legge n. 205/2000; il DM n. 398/2000; l'art. 12, Decreto Legislativo n. 190/2002; gli artt. 5, commi 16-sexies e 16-septies, Decreto Legge n. 35/2005, convertito nella Legge n. 80/2005; art. 1, commi 70 e 71, Legge n. 266/2005.

L'istituto dell'arbitrato, che concerne esclusivamente le controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi connessi all'esecuzione dei contratti pubblici, si snoda, nella disciplina dettata dal D.L.vo n. 163/2006, in due distinte procedure, a seconda che il Presidente del Collegio sia o meno nominato dalla Camera arbitrale.

In quest'ultimo caso (Presidente Collegio **non nominato** dalla Camera arbitrale), le regole generali applicabili sono quelle di cui al Codice di procedura civile integrate dalle regole dell'art. 241 del D.L.vo n. 163/2006 il cui 1° comma dispone che: *“Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee,*

306. Art. 240, comma 8 D.L.vo n. 163/2006

307. Art. 240, comma 11, D.L.vo n. 163/2006.

308. Come lascia trasparire l'inciso *“è promossa”* di cui all'art. 240, comma 14, del D.L.vo n. 163/2006.

309. Comunicato Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici 1/1/2002 in G.U. 21/5/2002 n. 117.

comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240, possono essere deferite ad arbitri".

Il preventivo esperimento dell'accordo bonario rappresenta una condizione di procedibilità del giudizio arbitrale nel solo caso di accesso all'arbitrato in corso d'opera, ma non anche per le controversie aventi ad oggetto la risoluzione del contratto e l'eventuale risarcimento del danno per le quali, invece, l'arbitrato potrà essere direttamente esperito³¹⁰.

Due dei tre membri di cui si compone il Collegio dovranno essere nominati dalle parti mentre il terzo – il Presidente – potrà essere scelto direttamente dalle parti ovvero, su loro mandato, dagli arbitri medesimi fra *"soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce"*³¹¹. La norma del D.L.vo n. 163/2006 delegato rinvia alle norme del Codice di procedura civile (art. 241, 2° comma) che, dunque, fatte salve le integrazioni dettate dalla speciale disciplina dei contratti pubblici, si configura come disciplina di ordine generale.

Qualora, invece, non vi sia l'accordo delle parti ovvero degli arbitri per la nomina del Presidente del Collegio, ad essa provvede la Camera arbitrale³¹² *"sulla base di criteri oggettivi e predeterminati, scegliendo nell'albo di cui all'art. 242"*. L'intervento di siffatto organismo conforma l'arbitrato in questione come *"arbitrato amministrato"*, ossia connotato dall'emanazione di atti e provvedimenti di un organismo pubblico che assumono la valenza di atti amministrativi veri e propri con ogni logica conseguenza in termini anche di configurazione della situazione giuridica soggettiva dei destinatari dei medesimi.

In questo caso, le norme generali del Codice di procedura civile vengono integrate, anche dalle ulteriori previsioni di cui all'art. 243 del D.L.vo n. 163/2006. Il richiamo alle norme del Codice di procedura esclude, anche per l'arbitrato che veda l'intervento della Camera l'applicazione delle regole di procedura di cui al D.M. 398/2000 fatte salve le norme espressamente richiamate dal citato art. 243.

Orbene rispetto alle regole proprie del Codice di procedura, l'art. 241 prevede **sia per l'arbitrato rituale che irrituale** il deposito del lodo presso la Camera arbitrale, a cura del Segretario del Collegio, entro dieci giorni dalla data dell'ultima sottoscrizione nonché la determinazione delle tariffe in favore degli arbitri ai sensi del DM 398/2000.

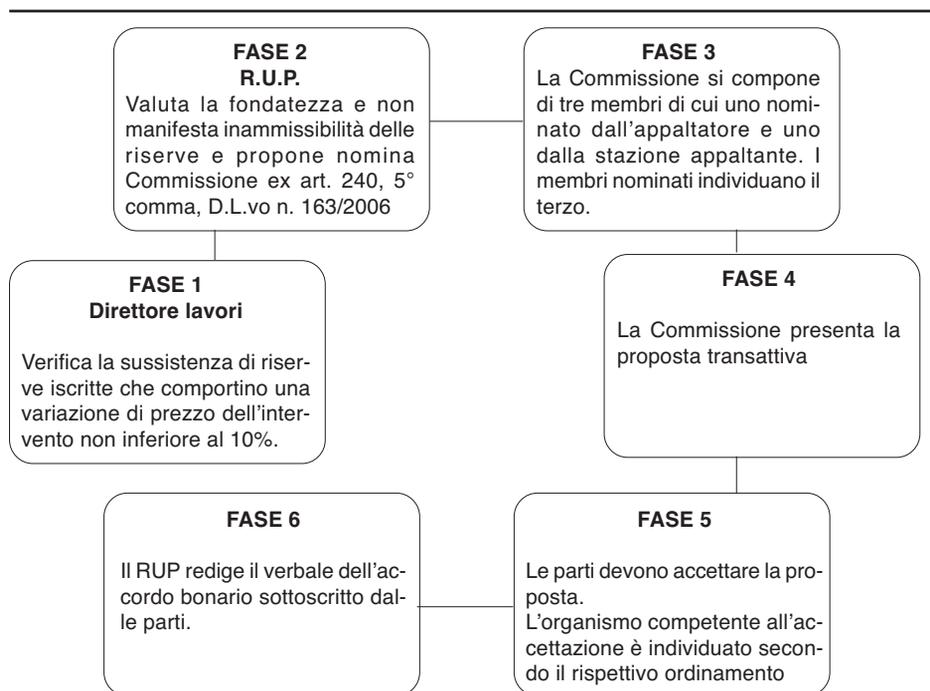
310. *Ex multis*: Cass. 22.05.1993 n. 5794, Coll. Arb. Napoli 22.06.2000 in *Arch. Giur. Oo.pp.*, 2001, 922.

311. Art. 241, 5 comma, del D.L.vo n. 163/2006.

312. Art. 241, comma 15 del D.L.vo n. 163/2006 mentre le norme del Codice di procedura civile prescrivono l'intervento del Presidente del Tribunale

La nomina del terzo arbitro ad opera della Camera arbitrale apre il varco ad una serie di eccezioni – rispetto alle regole del Codice di rito – dettate dall’art. 243 del D.L.vo n. 163/2006 le quali, tuttavia, possono essere sinteticamente riasunte nella necessità di trasmettere gli atti introduttivi del giudizio (domanda, atto di resistenza e controdeduzioni) alla medesima Camera; la ricsuzione degli arbitri oltre che nei casi di cui all’art. 51 del Codice di procedura civile anche per quello ulteriore di cui all’art. 242, 9° comma del D.lg. n. 163/2006³¹³; la rimessione alla Camera della determinazione dei compensi spettanti agli arbitri sulla base delle tariffe di cui al DM 398/2000.

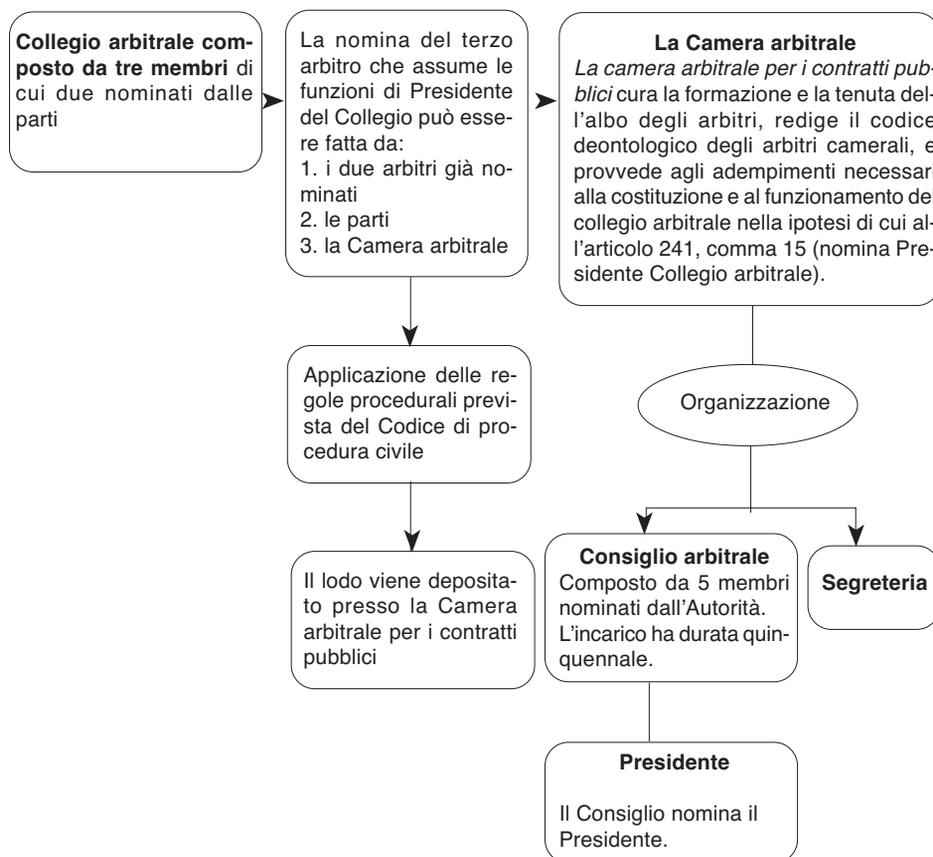
Fig. 13 - Il procedimento dell’Accordo bonario per lavori d’importo pari o superiore a dieci milioni di euro



Fonte: Centro studi CNI, 2007

313. Ai sensi del quale “L’appartenenza all’albo degli arbitri e all’elenco dei consulenti ha durata triennale, e può essere nuovamente conseguita decorsi due anni dalla scadenza del triennio; durante il periodo di appartenenza all’albo gli arbitri non possono espletare incarichi professionali in favore delle parti dei giudizi arbitrali da essi decisi, ivi compreso l’incarico di arbitro di parte”.

Fig. 14 -L'arbitrato e la Camera arbitrale



Fonte: Centro studi CNI, 2007

Publicazioni del Centro Studi del Consiglio Nazionale Ingegneri

- no. 1 / 1999 Piano di attività - Triennio 1999 - 2002
- no. 2 / 1999 La via dell'Etica Applicata, ossia delle politiche di prevenzione: una scelta cruciale per l'Ordine degli ingegneri
- no. 3 / 1999 Monitoraggio sull'applicazione della direttiva di tariffa relativa al D. Lgs. 494/96 in tema di sicurezza nei cantieri
- no. 4 / 2000 La dichiarazione di inizio attività - Il quadro normativo e giurisprudenziale
- no. 5 / 2000 L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici - Organi, poteri e attività
- no. 6 / 2000 Le ipotesi di riforma delle professioni intellettuali
- no. 7 / 2000 Le strutture societarie per lo svolgimento delle attività di progettazione - Il quadro normativo e giurisprudenziale
- no. 8 / 2000 Le tariffe professionali - Il quadro giurisprudenziale in Italia e in Europa
- no. 9 / 2000 Le assunzioni di diplomati e laureati in ingegneria in Italia
- no. 10/2000 Il ruolo degli ingegneri per la sicurezza
- no. 11/2000 Il nuovo regolamento generale dei lavori pubblici. Un confronto con il passato
- no. 12/2000 Il nuovo capitolato generale dei lavori pubblici
- no. 13/2000 Il responsabile del procedimento - Inquadramento, compiti e retribuzione
- no. 14/2000 Il mercato dei servizi di ingegneria. Analisi economica e comparativa del settore delle costruzioni -Parte prima
- no. 15/2000 Il mercato dei servizi di ingegneria. Indagine sugli ingegneri che svolgono attività professionale - Parte seconda
- no. 16/2000 La professione di ingegnere in Europa, Canada e Stati Uniti. I sistemi nazionali e la loro evoluzione nell'epoca della globalizzazione
- no. 17/2000 L'intervento delle Regioni in materia di dichiarazione di inizio attività
- no. 18/2000 Opportunità e strumenti di comunicazione pubblicitaria per i professionisti in Italia
- no. 19/2000 I profili di responsabilità giuridica dell'ingegnere - Sicurezza sul lavoro, sicurezza nei cantieri, appalti pubblici, dichiarazione di inizio attività
- no. 20/2001 Spazi e opportunità di intervento per le amministrazioni regionali in materia di lavori pubblici
- no. 21/2001 Imposte e contributi sociali a carico dei professionisti nei principali paesi europei
- no. 22/2001 Le tariffe relative al D.Lgs 494/96. Un'analisi provinciale
- no. 23/2001 Le nuove regole dei lavori pubblici. Dal contratto al collaudo: contestazioni, eccezioni, riserve e responsabilità
- no. 24/2001 L'evoluzione dell'ingegneria in Italia e in Europa
- no. 25/2001 La riforma dei percorsi universitari in ingegneria in Italia
- no. 26/2001 Formazione e accesso alla professione di ingegnere in Italia
- no. 27/2001 Le strutture societarie per lo svolgimento delle attività professionali in Europa
- no. 28/2001 La direzione dei lavori nell'appalto di opere pubbliche
- no. 29/2001 Analisi delle pronunce dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. Febbraio 2000 -marzo 2001
- no. 30/2001 Osservazioni sul D.P.R. 328/2001
- no. 31/2001 La copertura assicurativa del progettista. Quadro normativo e caratteristiche dell'offerta

- no. 32/2001 Qualificazione e formazione continua degli ingegneri in Europa e Nord America
- no. 33/2001 Le verifiche sui progetti di opere pubbliche. Il quadro normativo in Europa
- no. 34/2001 L'ingegneria italiana tra nuove specializzazioni e antichi valori
- no. 35/2001 La domanda di competenze d'ingegneria in Italia. Anno 2001
- no. 36/2001 Il mercato dei servizi di ingegneria. Evoluzione e tendenze nel settore delle costruzioni
- no. 37/2002 Il riparto delle competenze normative in materia di professioni. Stato, Regioni, Ordini
- no. 38/2002 Note alla rassegna stampa 2001
- no. 39/2002 Ipotesi per la determinazione di un modello di stima basato sul costo minimo delle prestazioni professionali in ingegneria
- no. 40/2002 Tariffe professionali e disciplina della concorrenza
- no. 41/2002 Ipotesi per una revisione dei meccanismi elettorali per le rappresentanze dell'Ordine degli ingegneri
- no. 42/2002 Installare il Sistema Qualità negli studi di ingegneria. Un sussidiario per l'applicazione guidata di ISO 9000:2000 - Volume I
- no. 43/2002 Installare il Sistema Qualità negli studi di ingegneria. Un sussidiario per l'applicazione guidata di ISO 9000:2000 - Volume II
- no. 44/2002 La remunerazione delle prestazioni professionali di ingegneria in Europa. Analisi e confronti
- no. 45/2002 L'accesso all'Ordine degli ingegneri dopo il D.P.R. 328/2001
- no. 46/2002 La domanda di competenze d'ingegneria in Italia. Anno 2002
- no. 47/2003 Imposte e struttura organizzativa dell'attività professionale in Europa
- no. 48/2003 Il mercato dei servizi di ingegneria. Anno 2002
- no. 49/2003 Le nuove regole in materia di progettazione delle opere pubbliche. Tariffe, prestazioni gratuite, consorzi stabili e appalto integrato
- no. 50/2003 La riforma del sistema universitario nel contesto delle Facoltà di Ingegneria
- no. 51/2003 Una cornice di riferimento per una tariffa professionale degli ingegneri dell'informazione
- no. 52/2003 La possibile "terza via" alla mobilità intersettoriale degli ingegneri in Italia
- no. 53/2003 Il Testo Unico in materia di espropriazioni per pubblica utilità. Analisi e commenti
- no. 54/2003 Il tortuoso cammino verso la qualità delle opere pubbliche in Italia
- no. 55/2003 La disciplina dei titoli abilitativi secondo il Testo Unico in materia di edilizia
- no. 56/2003 La sicurezza nei cantieri dopo il Decreto Legislativo 494/96
- no. 57/2003 Analisi delle pronunce dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. Aprile 2001- dicembre 2002
- no. 58/2003 Le competenze professionali degli ingegneri secondo il D.P.R. 328/2001
- no. 59/2003 La domanda di competenze d'ingegneria in Italia. Anno 2003
- no. 60/2004 La riforma del sistema universitario nel contesto delle Facoltà di Ingegneria
- no. 61/2004 Identità e ruolo degli ingegneri dipendenti nella pubblica amministrazione che cambia
- no. 62/2004 Considerazioni e ipotesi su possibili strategie e azioni in materia di SPC (Sviluppo Professionale Continuo) degli iscritti all'Ordine degli ingegneri
- no. 63/2004 Le regole della professione di ingegnere in Italia : elementi per orientare il processo di riforma

- no. 64/2004 Guida alla professione di ingegnere -Volume I: Profili civilistici, fiscali e previdenziali
- no. 65/2004 Guida alla professione di ingegnere -Volume II: Urbanistica e pianificazione territoriale. Prima parte e seconda parte
- no. 66/2004 La normativa tecnica per le costruzioni in zona sismica in Italia, Stati Uniti e Nuova Zelanda
Parte prima: profili giuridici
Parte seconda: applicazioni e confronti
- no. 67/2004 Ipotesi e prospettive per la riorganizzazione territoriale dell'Ordine degli ingegneri
- no. 68/2004 Le assunzioni degli ingegneri in Italia. Anno 2004
- no. 69/2004 La direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi
- no. 70/2004 La formazione degli ingegneri in Italia. Anno 2004
- no. 71/2004 Occupazione e remunerazione degli ingegneri in Italia. Anno 2004
- no. 72/2005 La verifica del progetto. Primi commenti allo schema di regolamento predisposto dalla Commissione ministeriale istituita dal vice ministro on. Ugo Martinat
- no. 73/2005 Guida alla professione di ingegnere -Volume III: Formazione, mercato del lavoro ed accesso all'albo
- no. 74/2005 Il mercato dei servizi di ingegneria. Anno 2004
- no. 75/2005 Le tariffe degli ingegneri ed i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi
- no. 76/2005 Occupazione e remunerazione degli ingegneri in Italia. Anno 2005
- no. 77/2005 Le assunzioni di ingegneri in Italia. Anno 2005
- no. 78/2005 Analisi di sicurezza della Tangenziale Est-Ovest di Napoli
- no. 79/2005 La formazione degli ingegneri in Italia. Anno 2005
- no. 80/2005 Le competenze in materia di indagini geologiche e geotecniche e loro remunerazione in Italia ed Europa
- no. 81/2005 Appalti sotto soglia e contratti a termine. Le recenti modifiche alla legge quadro sui lavori pubblici
- no. 82/2005 Gli ingegneri e la sfida dell'innovazione
- no. 83/2005 Responsabilità e copertura assicurativa del progettista dipendente
- no. 84/2005 Guida alla professione di ingegnere -Volume IV: Le tariffe professionali e la loro applicazione
- no. 85/2005 D.M. 14 settembre 2005 Norme tecniche per le costruzioni. Comparazioni, analisi e commenti
- no. 86/2005 Il contributo al reddito e all'occupazione dei servizi di ingegneria
- no. 87/2006 Guida alla professione di ingegnere -Volume V: Le norme in materia di edilizia
- no. 88/2006 Analisi di sicurezza della ex S.S. 511 "Anagnina"
- no. 89/2006 Le assunzioni di ingegneri in Italia. Anno 2006
- no. 90/2006 Occupazione e remunerazione degli ingegneri in Italia. Anno 2006
- no. 91/2006 Il mercato dei servizi di ingegneria. Anno 2005
- no. 92/2006 Guida alla professione di ingegnere -Volume VI: La valutazione di impatto ambientale (VIA) e la valutazione ambientale strategica (VAS)
- no. 93/2006 La formazione degli ingegneri in Italia. Anno 2006
- no. 94/2007 La Direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali.
- no. 95/2007 Guida alla professione di ingegnere -Volume VII: La disciplina dei contratti pubblici