

Appalti sotto soglia e contratti a termine

**Le recenti modifiche alla legge
quadro sui lavori pubblici**



Centro Studi Consiglio Nazionale Ingegneri



CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

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

dott. ing. Sergio Polese	<i>Presidente</i>
dott. ing. Ferdinando Luminoso	<i>Vice Presidente Vicario</i>
dott. ing. Romeo La Pietra	<i>Vice Presidente Aggiunto</i>
dott. ing. Renato Buscaglia	<i>Segretario</i>
dott. ing. Alessandro Biddau	<i>Tesoriere</i>
dott. ing. Leonardo Acquaviva	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Alberto Dusman	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Ugo Gaia	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Alcide Gava	<i>Consigliere</i>
prof. ing. Giancarlo Giambelli	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Domenico Ricciardi	<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>

Sede: Via Dora, 2 - 00198 Roma - Tel. 06.85354739, fax 06 84241800,
www.centrostudicni.it

Il presente testo è stato redatto ed elaborato dall'avv. Lorenzo Passeri.

Sommario

Premessa di Giovanni Angotti	pag. 11
1. Origini e finalità della “legge comunitaria”	» 17
2. Le novità in materia di appalti pubblici	» 33
2.1. I contratti misti	» 33
2.2. La certificazione di qualità	» 40
2.3. Le modifiche in materia di project financing	» 44
2.4. La proroga dei contratti	» 48
3. L’affidamento degli incarichi “sotto soglia”	» 57
3.1. Il regime previgente	» 57
3.2. L’abrogazione del carattere fiduciario dell’affidamento	» 61
3.3. Le nuove regole della procedura di affidamento	» 65
3.4. Le lacune dell’intervento regionale	» 76
3.5. Gli incarichi del D.lgs. n. 190/2002	» 87
Allegati	» 89
Il testo aggiornato degli articoli della Legge 109/94 trattati	

Premessa

Il quadro normativo in materia di lavori pubblici è stato recentemente oggetto di una serie di modifiche legislative di ampia portata.

In particolare, hanno inciso sulla legge 11.02.1994, n. 109 rispettivamente:

- a) la legge 18 aprile 2005, n. 62¹ recante *“Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee. legge comunitaria 2004”*;
- b) la legge 14.05.2005 n. 80² di conversione, con modifiche, del Decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, recante *“Disposizioni urgenti nell’ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Delege al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali”*;
- c) l’art. 1, comma 550 della legge 30.12.2004, n. 311 *“legge finanziaria 2005”*.

Oggetto del presente lavoro concerne l’analisi e l’approfondimento delle modifiche apportate dalla legge n. 62/2005, nonché una valutazione dell’incidenza che essa ha avuto sull’articolato complessivo della legge 11.02.1994, n. 109.

1. Pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 96 del 27 aprile 2005 - Supplemento ordinario n.76

2. Pubblicata in G.U. 14/5/2005 n. 111.

Una delle innovazioni più importanti attiene all'affidamento degli incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori di importo inferiore ai 100.000 euro, che finora potevano essere gestiti dalle amministrazioni appaltanti in forma fiduciaria. L'affidamento "fiduciario" era rimesso al responsabile del procedimento, il quale era chiamato a verificare l'esperienza e la capacità professionale dei concorrenti ed a motivare la scelta in relazione al progetto da affidare.

L'odierna formulazione della norma prevede invece l'abbandono del carattere fiduciario dell'affidamento ed introduce l'obbligo del rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Il rispetto di tali principi porta a definire una procedura di affidamento che dovrebbe avere le seguenti caratteristiche:

- innanzitutto si palesa l'esigenza di una procedimentalizzazione della procedura, che pur non dovendo necessariamente presentare la complessità e l'articolazione di quelle per gli appalti d'importo superiore, sia in grado di garantire il rispetto dei principi elencati dalla norma;
- l'amministrazione dovrà rendere edotti gli interessati della sua esigenza di affidare gli incarichi di progettazione adottando le forme di pubblicità proporzionate al valore dell'intervento da aggiudicare. L'atto tipico è il bando di gara ovvero il meno complesso avviso, che contenga i requisiti indispensabili per una paritaria partecipazione alla gara da parte di tutti i candidati. In quest'ottica l'atto dovrà quanto meno indicare il valore dell'appalto, i requisiti di qualificazione, il criterio di aggiudicazione e di valutazione delle offerte, i tempi e le modalità di presentazione delle offerte;
- il bando di gara o l'avviso dovrà essere reso pubblico attraverso forme semplificate, ma tipizzate dalla legge, quale è l'albo

pretorio e per un termine congruo al fine di consentire la più ampia partecipazione di concorrenti;

- l'organo che procederà all'aggiudicazione dovrà avere una composizione di matrice prevalentemente tecnica in grado di garantirne la competenze e l'imparzialità;
- il criterio utilizzabile per l'aggiudicazione non potrà che essere quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa; i parametri di valutazione ed il loro peso ponderale dovranno essere preventivamente comunicati ai concorrenti, essere proporzionati e non discriminatori ed in particolare non incentrati su criteri quali la nazionalità, la residenza;
- è necessario, inoltre, che l'amministrazione proceda a motivare la propria scelta e a dare pubblicità dell'intervenuta aggiudicazione.

Come si vedrà, alcune norme regionali che sono intervenute a regolare la materia si discostano sensibilmente da questo modello procedurale, tanto da rendere assai probabile una loro censura da parte della Commissione europea.

Ulteriori innovazioni concernono la disciplina dei cosiddetti contratti "misti", la certificazione di qualità ed il *project financing*.

La materia dei contratti "misti", quelli cioè che comportano sia lo svolgimento di lavori che l'erogazione di servizi e/o la fornitura di beni, è stata da sempre caratterizzata da un duplice ordine di problemi: quello dell'individuazione della disciplina negoziale concretamente applicabile al caso di specie e quello dell'individuazione del regime giuridico al quale assoggettare il contratto, ivi compresa la scelta delle procedure di aggiudicazione.

Con la legge comunitaria, il legislatore nazionale ha adottato criterio "ibrido" per la determinazione della disciplina da applicare ai contratti "misti": in pratica, dapprima sarà necessario verificare se la prestazione

relativa all'esecuzione dei lavori sia o meno accessoria sotto il profilo funzionale alle altre prestazioni previste nel contratto. Qualora fosse riscontrata tale accessoria, si applicheranno le procedure previste per i servizi e/o le forniture quale che sia il valore dell'appalto di lavori; in caso contrario (dunque quando i lavori non potranno ritenersi accessori) le regole afferenti gli appalti di lavori potranno trovare applicazione solamente qualora questi ultimi siano d'importo superiore al valore degli appalti di servizi e/o forniture. Nel nuovo dettato normativo, dunque, l'operatività del criterio della prevalenza economica è subordinata a quella del criterio della accessoria funzionale delle prestazioni.

Altra novità introdotta dall'art. 24 della legge n. 62/2005 riguarda la certificazione di qualità. Rispetto alla precedente formulazione dell'art. 9, comma 11-*quater* della Legge 109/94, la novella estende il beneficio premiale della riduzione della cauzione e della garanzia fidejussoria anche ai soggetti in possesso esclusivamente della dichiarazione della sussistenza di elementi significativi e tra loro correlati di un sistema di qualità ed esclude dal proprio ambito di operatività il riferimento all'appalto concorso. Difatti proprio tale ultimo aspetto è stato oggetto della censura della Commissione europea, la quale ha rilevato come la valutazione di un requisito di qualificazione (quale è appunto la certificazione ovvero la dichiarazione) come parametro rilevante anche al fine della valutazione dell'offerta nell'appalto concorso comporterebbe una illegittima commistione fra criteri di qualificazione del concorrente e valutazione delle offerte, in spregio al principio fondamentale, propugnato dalla normativa comunitaria in materia di appalti, della netta differenza fra la fase della qualificazione e quella della valutazione.

Infine, ultimo intervento significativo attiene alla disciplina statale dell'istituto del *project financing* con particolare riferimento al diritto di prelazione in fase di aggiudicazione. L'art. 37 *ter* della legge n. 109/1994,

infatti, concede al promotore, che nella fase negoziale della gara si adegui all'offerta del concorrente valutata come maggiormente conveniente dalla pubblica amministrazione, il potere di vedersi aggiudicata la prestazione. Con l'art. 24 della legge n. 62/2005 il legislatore nazionale ha ritenuto di poter ovviare alle censure comunitarie prevedendo che la pubblica amministrazione indichi già nell'avviso l'esistenza di tale diritto a favore del promotore, rafforzando in questo modo la trasparenza della procedura ma mantenendo immutata la misura agevolativa.

Se tale misura è di per se stessa in grado di risolvere il problema formale della trasparenza dell'agire pubblico (tutti i soggetti saranno informati dell'esistenza di un diritto di prelazione in capo al promotore), essa lascia inevaso quello sostanziale del permanere di una misura che distorce la libera concorrenza ed è potenzialmente lesiva anche dei principi della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi.

Giovanni Angotti

1. Origini e finalità della “legge comunitaria”

Le principali innovazioni al quadro normativo che sovrintende la materia dei lavori pubblici derivano dalla legge n. 62/2005, “*legge comunitaria*” 2004; esse rispondono all’esigenza di adeguare la normativa nazionale alle “censure” sollevate dalla Comunità europea su diversi suoi aspetti.

Sotto il profilo funzionale, la “*legge comunitaria*” è un atto normativo di rango legislativo qualificato, finalizzato al recepimento ed all’attuazione della normativa comunitaria, intendendosi per tale non solamente quella derivante dalle Direttive, ma anche dai principi affermati dalla Corte di giustizia e da tutti gli altri atti che comunque necessitano di una specifica azione di recepimento da parte dello Stato membro che ne è il destinatario.

La *ratio* giustificatrice della “*legge comunitaria*” va rinvenuta nell’esigenza di arginare la responsabilità dello Stato italiano, costantemente in ritardo nel recepimento della normativa comunitaria, delineando uno strumento capace di raccordare in unico momento l’azione di attuazione della predetta normativa.

La “*legge comunitaria*” consente infatti di concentrare in una unica sessione parlamentare le discussioni relative a tali necessari adempimenti, rendendo non solamente più celere ma anche più unitario il processo

di attuazione del diritto comunitario nel nostro ordinamento³. I meccanismi per il recepimento, con legge, della normativa comunitaria sono stati originariamente delineati dalla legge 9.3.1989, n. 86 detta "La Pergola", successivamente modificata dalla legge 24.04.1998, n. 128⁴ recante, appunto, "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari". Essa prevedeva per l'attuazione degli atti normativi della Comunità europea, i seguenti atti:

- 1) la *legge comunitaria*; in questo caso la normativa comunitaria veniva attuata direttamente con la provvedimento di legge;
- 2) la *delega legislativa*; in questo caso il legislatore delegava il Governo all'esercizio della funzione legislativa orientandone l'indirizzo attraverso l'indicazione di principi. La delega era ritenuta obbligatoria qualora il recepimento della norma comunitaria comportasse l'istituzione di nuovi organi o strutture amministrative;
- 3) il *regolamento di delegificazione di cui all'art. 17, 2° comma della legge n. 400/1988*; in questo caso legittimato al recepimento era direttamente il Governo mediante l'emanazione di regolamenti di delegificazione, ma limitatamente a materie non coperte da riserva di legge;

3. Sulla legge comunitaria *ex multis* A. TIZZANO *I meccanismi della legge La Pergola: una radiografia dei problemi di funzionamento*; in F.I., 1999, V, 303; A. RUGGERI *Prime considerazioni sul riparto delle competenze Stato - Regioni nella Legge "La Pergola" e sulla collocazione di quest'ultima nel sistema delle fonti*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 1991, p. 711; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, 2001, 355 ss. Sui vantaggi della Legge comunitaria si veda, in particolare M.P. CHITI *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, 209 ss.

4. In realtà tale legge sostituisce una precedente e fallimentare legge - la n. 183/1987 - che prevedeva il recepimento in forma esclusivamente regolamentare ed amministrativa.

- 4) il recepimento in via amministrativa, qualora non vi fosse una riserva di legge ovvero non fosse necessario modificare una legge;
- 5) il recepimento con Decreti Ministeriali, limitatamente alle ipotesi nelle quali la regola da recepire presentasse esclusivamente carattere tecnico o modalità meramente esecutive.

La legge n. 86/1989 è stata di recente abrogata e sostituita dalla legge 4.2.2005, n. 11 recante *“Norme generali sulla partecipazione dell’Italia al processo normativo dell’Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari”*.

Come specificato dall’art. 1, la legge n. 11 /2005 è diretta a disciplinare due distinti settori di azione che trovano un collegamento funzionale nella normativa comunitaria.

Una prima azione riguarda il procedimento di formazione della *“posizione italiana nella fase di predisposizione degli atti comunitari e dell’Unione europea”* ed è regolamentata dagli artt. da 2 a 7. Tali norme si premurano, sulla base di un procedimento - a dire il vero - piuttosto complesso, di regolamentare la partecipazione a tale processo anche delle Regioni, delle autonomie locali e delle parti sociali⁵.

La seconda azione, quella che più da vicino ci interessa, attiene allo *“adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea”* (artt. 8 e ss.) che la legge 11 /2005 dovrebbe garantire nel rispetto dei principi di sussidiarietà, di proporzionalità, di efficienza, di trasparenza e di partecipazione democratica.

5. Per una preliminare disamina dei contenuti della Legge n. 11/2005 con particolare riferimento alla partecipazione al procedimento di formazione della posizione italiana si veda A. SCRIMALI *La partecipazione degli enti infraregionali all’elaborazione delle scelte nazionali in materia comunitaria. Note minime al d.d.l. Buttiglione*. In *Le Istituzioni del federalismo*, 2004, fasc. 1, pagg. 177-195.

Precisa l'art. 1, 2° comma che tali obblighi comunitari potranno scaturire rispettivamente:

- a) dall'emanazione di ogni atto comunitario e dell'Unione europea che vincoli la Repubblica italiana ad adottare provvedimenti di attuazione;
- b) dall'accertamento giurisdizionale, con sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, della incompatibilità di norme legislative e regolamentari dell'ordinamento giuridico nazionale con le disposizioni dell'ordinamento comunitario;
- c) dall'emanazione di decisioni-quadro e di decisioni adottate nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

Gli artt. 8 e 9 della legge n. 11/2005 disciplinano espressamente il procedimento di formazione ed i contenuti della *"legge comunitaria"* in ossequio al principio generale secondo cui *"lo Stato, le regioni e le province autonome, nelle materie di propria competenza legislativa, danno tempestiva attuazione alle direttive comunitarie"*⁶.

In particolare, all'esito di un complesso procedimento disciplinato dai primi tre commi dell'art. 8, il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro per le politiche comunitarie, di concerto con il Ministro degli affari esteri e con gli altri Ministri interessati, entro il 31 gennaio di ogni anno presenta al Parlamento *"un disegno di legge recante: Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee"*; il titolo dovrà essere completato dall'indicazione *"legge comunitaria"*⁷.

6. Art. 8, 1° comma, Legge n. 11/2005.

7. Art. 8, 4° comma, Legge n. 11/2005.

Come precisato sopra, la *legge comunitaria* rappresenta - già nella concezione espressa dalla legge "La Pergola" - lo strumento normativo atto a garantire il periodico adeguamento dell'ordinamento nazionale a quello comunitario; essa, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 11/2005, dovrà contenere:

- a) disposizioni modificative o abrogative di disposizioni statali vigenti in contrasto con l'ordinamento comunitario;
- b) disposizioni modificative o abrogative di disposizioni statali vigenti oggetto di procedure di infrazione avviate dalla Commissione delle Comunità europee nei confronti della Repubblica italiana⁸;
- c) disposizioni occorrenti per dare attuazione o assicurare l'applicazione degli atti del Consiglio o della Commissione delle Comunità europee di cui alle lettere *a* e *c* del comma 2 dell'articolo 1⁹, anche mediante il conferimento al Governo di delega legislativa;

8. È questo il caso specifico relativo alle modifiche apportate alla legge n. 109 dell'11.02.1994 dalla legge n. 62/2005.

9. Dispone l'art. 1 della Legge n. 11/2005 che: *"La presente legge disciplina il processo di formazione della posizione italiana nella fase di predisposizione degli atti comunitari e dell'Unione europea e garantisce l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, sulla base dei principi di sussidiarietà, di proporzionalità, di efficienza, di trasparenza e di partecipazione democratica. 2. Gli obblighi di cui al comma 1 conseguono: a) all'emanazione di ogni atto comunitario e dell'Unione europea che vincoli la Repubblica italiana ad adottare provvedimenti di attuazione; b) all'accertamento giurisdizionale, con sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, della incompatibilità di norme legislative e regolamentari dell'ordinamento giuridico nazionale con le disposizioni dell'ordinamento comunitario; c) all'emanazione di decisioni-quadro e di decisioni adottate nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale."*

- d) disposizioni che autorizzano il Governo ad attuare in via regolamentare le direttive, sulla base di quanto previsto dall'articolo 11¹⁰;
- e) disposizioni occorrenti per dare esecuzione ai trattati internazionali conclusi nel quadro delle relazioni esterne dell'Unione europea;

10. L'attuazione in via regolamentare della normativa comunitaria è disciplinata dall'art. 11 della Legge n. 11/2005 che testualmente prevede: "1. Nelle materie di cui all'articolo 117 2° comma, Cost, già disciplinate con legge, ma non coperte da riserva assoluta di legge, le direttive possono essere attuate mediante regolamento se così dispone la legge comunitaria. Il Governo presenta alle Camere, in allegato al disegno di legge comunitaria, un elenco delle direttive per l'attuazione delle quali chiede l'autorizzazione di cui all'articolo 9, comma 1, lettera d). 2. I regolamenti di cui al comma 1 sono adottati ai sensi dell'articolo 17, commi 1 e 2 della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro per le politiche comunitarie e del Ministro con competenza istituzionale prevalente per la materia, di concerto con gli altri Ministri interessati. Sugli schemi di regolamento è acquisito il parere del Consiglio di Stato, che deve esprimersi entro quarantacinque giorni dalla richiesta. Sugli schemi di regolamento è altresì acquisito, se così dispone la legge comunitaria, il parere dei competenti organi parlamentari, ai quali gli schemi di regolamento sono trasmessi con apposite relazioni cui è allegato il parere del Consiglio di Stato e che si esprimono entro quaranta giorni dall'assegnazione. Decorsi i predetti termini, i regolamenti sono emanati anche in mancanza di detti pareri. 3. I regolamenti di cui al comma 1 si conformano alle seguenti norme generali, nel rispetto dei principi e delle disposizioni contenuti nelle direttive da attuare: a) individuazione della responsabilità e delle funzioni attuative delle amministrazioni, nel rispetto del principio di sussidiarietà; b) esercizio dei controlli da parte degli organismi già operanti nel settore e secondo modalità che assicurino efficacia, efficienza, sicurezza e celerità; c) esercizio delle opzioni previste dalle direttive in conformità alle peculiarità socio-economiche nazionali e locali e alla normativa di settore; d) fissazione di termini e procedure, nel rispetto dei principi di cui all'art. 20, comma 5°, legge n. 59, del 1997, e successive modificazioni. 4. I regolamenti di cui al comma 1 tengono conto anche delle eventuali modificazioni della disciplina comunitaria intervenute sino al momento della loro adozione. 5. Nelle materie di cui all'articolo 117, secondo comma, della Costituzione, non disciplinate dalla legge o

- f) disposizioni che individuano i principi fondamentali nel rispetto dei quali le regioni e le province autonome esercitano la propria competenza normativa per dare attuazione o assicurare l'applicazione di atti comunitari nelle materie di cui all'articolo 117, terzo comma, della Costituzione¹¹;

Segue nota 10

da regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, commi 1 e 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, e non coperte da riserva di legge, le direttive possono essere attuate con regolamento ministeriale o interministeriale, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, legge 23 agosto 1988, n. 400, o con atto amministrativo generale da parte del Ministro con competenza prevalente per la materia, di concerto con gli altri Ministri interessati. Con le medesime modalità sono attuate le successive modifiche e integrazioni delle direttive. 6. In ogni caso, qualora le direttive consentano scelte in ordine alle modalità della loro attuazione, la legge comunitaria o altra legge dello Stato detta i principi e criteri direttivi. Con legge sono dettate, inoltre, le disposizioni necessarie per introdurre sanzioni penali o amministrative o individuare le autorità pubbliche cui affidare le funzioni amministrative inerenti all'applicazione della nuova disciplina. 7. La legge comunitaria provvede in ogni caso, ai sensi dell'articolo 9 comma 1, lettera c), ove l'attuazione delle direttive comporti: a) l'istituzione di nuovi organi o strutture amministrative; b) la previsione di nuove spese o minori entrate. 8. In relazione a quanto disposto dall'articolo 117, quinto comma, della Costituzione, gli atti normativi di cui al presente articolo possono essere adottati nelle materie di competenza legislativa delle regioni e delle province autonome al fine di porre rimedio all'eventuale inerzia dei suddetti enti nel dare attuazione a norme comunitarie. In tale caso, gli atti normativi statali adottati si applicano, per le regioni e le province autonome nelle quali non sia ancora in vigore la propria normativa di attuazione, a decorrere dalla scadenza del termine stabilito per l'attuazione della rispettiva normativa comunitaria, perdono comunque efficacia dalla data di entrata in vigore della normativa di attuazione di ciascuna regione e provincia autonoma e recano l'esplicita indicazione della natura sostitutiva del potere esercitato e del carattere cedevole delle disposizioni in essi contenute. I predetti atti normativi sono sottoposti al preventivo esame della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano.

11. Dispone l'art. 117, 3° comma Cost. che: "Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni;

- g) disposizioni che, nelle materie di competenza legislativa delle regioni e delle province autonome, conferiscono delega al Governo per l'emanazione di decreti legislativi recanti sanzioni penali per la violazione delle disposizioni comunitarie recepite dalle regioni e dalle province autonome;
- h) disposizioni emanate nell'esercizio del potere sostitutivo di cui all'articolo 117, quinto comma, della Costituzione, in conformità ai principi e nel rispetto dei limiti di cui all'articolo 16, comma 3¹².

Come si evince dal dettato normativo, per quanto concerne gli strumenti di attuazione della normativa comunitaria, la legge n. 11 / 2005 non introduce sostanziali novità rispetto alla legge n. 86 / 1989, fatta eccezione

Segue nota 11

commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato."

12. Dispone l'art. 16, 3° comma, della Legge n. 11 / 2005 che: *"Ai fini di cui all'articolo 117, quinto comma, della Costituzione, le disposizioni legislative adottate dallo Stato per l'adempimento degli obblighi comunitari, nelle materie di competenza legislativa delle regioni e delle province autonome, si applicano, per le regioni e le province autonome, alle condizioni e secondo la procedura di cui all'articolo 11, comma 8, secondo periodo."*

per gli indispensabili adattamenti consequenziali all'intervenuta modifica del Titolo V, Parte II della Costituzione¹³.

L'operatività dello strumento normativo della legge comunitaria non esclude, ovviamente, la possibilità di recepire, anche in via d'urgenza, con specifico atto normativo la fonte comunitaria¹⁴ ad eccezione, però, del caso in cui la scadenza della disposizione da recepire risulti anteriore alla data di presunta entrata in vigore della legge comunitaria relativa all'anno in corso¹⁵.

In questo caso l'iniziativa spetta al presidente del Consiglio dei ministri ovvero al ministro per le Politiche comunitarie ed i decreti legislativi relativi all'attuazione della normativa comunitaria, la cui delega sia contenuta in leggi diverse da quella comunitaria, dovranno essere adottati nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi generali previsti dalla stessa legge per l'anno di riferimento¹⁶.

È espressamente disciplinata, inoltre, l'attuazione delle norme comunitarie in via regolamentare ed amministrativa¹⁷; a riguardo l'art. 11 dispone che: *"nelle materie di cui all'articolo 117, secondo comma, della Costi-*

13. Sulle problematiche conseguenti al mutato assetto costituzionale con particolare riferimento all'attuazione degli obblighi comunitaria vedi *infra* § 3.

14. Sentenze della Corte di Giustizia ovvero atti normativi delle Comunità europee e dell'Unione europea.

15. Art. 10, 1° comma, della Legge n. 11/2005 che testualmente dispone: *"Il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro per le politiche comunitarie può proporre al Consiglio dei Ministri l'adozione dei provvedimenti, anche urgenti, necessari a fronte di atti normativi e di sentenze degli organi giurisdizionali delle Comunità europee e dell'Unione europea che comportano obblighi statali di adeguamento solo qualora la scadenza risulti anteriore alla data di presunta entrata in vigore della legge comunitaria relativa all'anno in corso."*

16. Art. 10, 4° comma, della Legge n. 11/2005.

17. Art. 11 della Legge n. 11/2005.

tuzione¹⁸, già disciplinate con legge, ma non coperte da riserva assoluta di legge, le direttive possono essere attuate mediante regolamento se così dispone la legge comunitaria. Il Governo presenta alle Camere, in allegato al disegno di legge comunitaria, un elenco delle direttive per l'attuazione delle quali chiede l'autorizzazione di cui all'articolo 9, comma 1, lettera d)"¹⁹.

In sintesi per l'attuazione di una direttiva comunitaria in via regolamentare sarà necessario:

- 1) che la materia non sia coperta da riserva assoluta di legge, ma sia già disciplinata dalla legge;
- 2) che l'atto normativo europeo sia una direttiva riguardante una delle materie indicate dall'art. 117, 2° comma, della Costituzione, ossia una delle materie rimesse alla potestà legislativa esclusiva statale;
- 3) che sia richiesta alle Camere, da parte del Governo, l'autorizzazione ad attuare le direttive elencate con apposito atto regolamentare;
- 4) che la legge comunitaria per l'anno di riferimento autorizzi, ai sensi dell'art. 9, 1° comma, lett. d) della legge n. 11/2005, l'attuazione delle direttive indicate in via regolamentare.

Le tipologie regolamentari utilizzabili sembrerebbero tutte quelle indicate dall'art. 17, commi 1 e 2 della legge 23.08.1988, n. 400²⁰ e, quindi,

18. Si tratta delle materie per le quali è riservata allo Stato una potestà legislativa esclusiva, nonché la potestà regolamentare.

19. L'art. 9 della Legge n. 11/2005, che delinea i contenuti della legge comunitaria, prevede alla lett. d) che: "disposizioni che autorizzano il Governo ad attuare in via regolamentare le direttive, sulla base di quanto previsto dall'articolo 11".

20. Dispone l'art. 17 che: 1. Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il parere del Consiglio di Stato che deve pronunciarsi entro novanta giorni dalla richiesta, possono essere emanati regolamenti per disciplinare:

anche i regolamenti di delegificazione; si tratta, pertanto, dei regolamenti governativi adottati su proposta del presidente del Consiglio dei ministri o del ministro per le Politiche comunitarie e del ministro avente la competenza istituzionale prevalente per la materia da regolamentare di concerto con gli altri ministri.

Lo schema di regolamento - una novità della legge 11/2005 rispetto alla legge n. 86/1989 - è soggetto al parere dei competenti organi parlamentari, se così dispone la legge comunitaria²¹; tali organi si dovranno esprimere entro quaranta giorni dall'assegnazione, decorsi i quali si potrà procedere anche in assenza del loro intervento.

Segue nota 20

a) l'esecuzione delle leggi e dei decreti legislativi nonché dei regolamenti comunitari;

b) l'attuazione e l'integrazione delle leggi e dei decreti legislativi recanti norme di principio, esclusi quelli relativi a materie riservate alla competenza regionale;

c) le materie in cui manchi la disciplina da parte di leggi o di atti aventi forza di legge, sempre che non si tratti di materie comunque riservate alla legge;

d) l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni pubbliche secondo le disposizioni dettate dalla legge; 2. Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato, sono emanati i regolamenti per la disciplina delle materie, non coperte da riserva assoluta di legge prevista dalla Costituzione, per le quali le leggi della Repubblica, autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari".

Non si deve confondere la previsione di cui all'art. 11 della Legge n. 11/2005 che fa specifico riferimento esclusivamente alla attuazione delle direttive con quanto previsto dalla lett. a) del 1° comma dell'art. 17 della Legge n. 400 del 23.01.1988, come modificata dall'articolo 11, comma c. 1, L. 5 febbraio 1999, n. 25, che prevede una specifica tipologia dei regolamenti destinata, però, esclusivamente all'attuazione dei regolamenti comunitari e non anche delle direttive.

21. Art. 11, 3° comma Legge n. 11/2005.

L'art. 11, 3° comma, della legge n. 11/2005 elenca, inoltre, i criteri generali ai quali dovranno attenersi i regolamenti attuativi delle direttive comunitarie, fermi restando i principi e le disposizioni dettati da queste ultime. Tali criteri sono:

- a) individuazione della responsabilità e delle funzioni attuative delle amministrazioni, nel rispetto del principio di sussidiarietà;
- b) esercizio dei controlli da parte degli organismi già operanti nel settore e secondo modalità che assicurino efficacia, efficienza, sicurezza e celerità;
- c) esercizio delle opzioni previste dalle direttive in conformità alle peculiarità socio-economiche nazionali e locali e alla normativa di settore;
- d) fissazione di termini e procedure, nel rispetto dei principi di cui all'art. 20 della legge n. 59 del 1997, e successive modificazioni.

Non è invece possibile l'attuazione delle direttive comunitarie per via regolamentare, ma è richiesto l'intervento della legge comunitaria ovvero di una delega legislativa al Governo, ogniqualvolta essa comporti:

- a) l'istituzione di nuovi organi o strutture amministrative;
- b) la previsione di nuove spese o minori entrate.

Il 4° comma, dell'art. 11 della legge n. 11/2005, prevede la possibilità di attuare le direttive anche mediante regolamenti ministeriali (e non governativi) ai sensi dell'art. 17, 3° comma, della legge n. 400/1988²² ovvero con atti amministrativi generali qualora:

22. Dispone l'art. 17, 3° comma, Legge n. 400/1988 che: *“Con decreto ministeriale possono essere adottati regolamenti nelle materie di competenza del ministro o di autorità sottordinate al ministro, quando la legge espressamente conferisca tale potere. Tali regolamenti, per materie di competenza di più ministri, possono essere adottati con decreti interministeriali, ferma restando la necessità di apposita autorizzazione da parte della legge. I regolamenti ministeriali ed interministeriali non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo. Essi debbono essere comunicati al presidente del Consiglio dei ministri prima della loro emanazione”*.

- 1) si tratti di materia di cui all'art. 117, 2° comma, della Costituzione non coperta da riserva di legge né assoluta, né relativa²³;
- 2) si tratti di materia non disciplinata né dalla legge né dal regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, 1 e 2 comma della legge n. 400/1988.

Stranamente, rispetto a quanto avviene per le direttive di cui al 2° comma, per il ricorso ai suddetti regolamenti ministeriali non è prevista l'autorizzazione della *legge comunitaria*. Su questo aspetto possono prospettarsi due opinioni:

- 1) l'una, secondo cui il legislatore sarebbe incorso in una mera dimenticanza non richiamando, anche nel caso di cui al 4° comma dell'art. 11, l'autorizzazione legislativa che, pertanto, dovrebbe comunque ricorrere, anche nel caso di attuazione mediante regolamenti ministeriali;
- 2) l'altra, invece, che parte dal dettato normativo di cui all'art. 9, 1° comma, lett. d) della legge n. 11/2005 nel quale si fa riferimento all'autorizzazione rivolta al Governo per l'attuazione delle direttive. In particolare, la circostanza che la norma circoscriva l'operatività della autorizzazione legislativa al solo Governo, potrebbe lasciare intendere che l'ambito oggettivo della previsione sia limitato esclusivamente ai casi nei quali sia proprio quest'ultimo ad emettere l'atto regolamentare e non anche un suo organo, qual è, appunto il Ministro. Ne conseguirebbe che, nel caso in cui l'attuazione della direttiva intervenga, in presenza

23. Difatti la norma citata fa esclusivo riferimento alla sola riserva di legge e non, come nel primo comma, alla riserva assoluta di legge; da tale differenza terminologica è possibile dedurre, come detto, che l'attuazione della direttiva in forza di regolamento ministeriale e non governativo sarà consentita esclusivamente qualora la relativa materia non sia coperta da riserva di legge.

delle condizioni di cui al 4° comma, mediante regolamento ministeriale, non sarebbe necessaria l'autorizzazione. Quest'ultimo orientamento contrasterebbe, però, con un costante orientamento della Corte Costituzionale.

Occorre, infine, sottolineare che la possibilità di attuare le direttive comunitarie mediante atti normativi di rango regolamentare non è una novità introdotta dalla legge n. 11/2005, ma trova precedenti nella legge n. 86 del 1989 e, soprattutto, nell'elaborazione pretoria della Corte Costituzionale²⁴ la quale, però, ne condizionava l'esercizio ad un esplicito supporto legislativo, ritenuto indispensabile sia in termini generali, sia con riferimento specifico all'esercizio della potestà da parte del singolo Ministro²⁵, anche nel caso ne venga ravvisata la fonte legittimante nello stesso regolamento comunitario²⁶.

Tale orientamento della Corte Costituzionale si fonda sull'art. 17, 3° comma, della legge n. 400/1988 che consente di disporre con regolamento delle materie di competenza del Ministro ovvero delle Autorità sottordinate al Ministro, ma solo quando la legge conferisca espressamente tale potere. Come già ricordato, la legge n. 11/2005 si inserisce in un contesto costituzionale mutato rispetto a quello vigente con la legge "La Pergola"; un contesto costituzionale il cui art. 117, 1° comma²⁷ preve-

24. Si vedano, in merito Corte Cost. sent. nn. 278/1993; 204/1991; 453/1991 tutte in www.cortecostituzionale.it.

25. Con riferimento a quest'ultimo aspetto si veda Corte Cost. n. 204/1991.

26. Con specifico riferimento a quest'ultimo aspetto Corte Cost. sent. n. 453/1991.

27. Sui contenuti di tale mutamento vedi F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*. Relazione al Convegno "Riforma costituzionale, diritto internazionale e diritto comunitario", Genova 23 marzo 2002; in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, fasc. 3, pp. 1355-1361.

de che l'esercizio della potestà legislativa, ancorché demandato anche alle Regioni, sia comunque esercitato nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

A prescindere, in questa sede, dalla portata dell'inciso "*vincoli comunitari*", è comunque certo che nel suo alveo vadano comprese le fonti normative comunitarie che devono, dunque, essere necessariamente rispettate anche dalle Regioni.

Di conseguenza, la "*legge comunitaria*", che recepisce ed attua nell'ordinamento nazionale la normativa comunitaria, trova diretta applicazione nei confronti di tutte le Regioni, ivi comprese quelle a statuto speciale. È il caso di sottolineare che la previsione normativa costituzionale giunge a conclusione di una controversa attività ermeneutica volta a ricercare nella Carta costituzionale una norma che fosse in grado di suggellare la prevalenza del diritto comunitario rispetto a quello interno e che ha visto la definizione, a corollario, di importanti principi quali quello dell'intervento statale nel caso di inerzia regionale, nonché della responsabilità unitaria dello Stato anche per inadempienza regionale alle norme comunitarie²⁸.

28. Sull'attuazione all'interno dell'ordinamento delle norme di diritto comunitario si vedano *ex multis*: Corte Cost. sentt. nn. 304/1987, 126/1985, 223/1984, 126/1996; sulla responsabilità statale per l'attuazione delle norme di diritto comunitario si vedano *ex multis*: Corte Cost. Sent. nn. 382/1993 e 632/1988; 126/1996. Per la dottrina, oltre alla amplissima bibliografia sulla tematica di ordine generale si vedano in particolare: GRECO GUIDO, *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività nell'ordinamento nazionale?)*, relazione al convegno sul tema: "*L'effettività dell'ordinamento amministrativo. Esperienze di diritto interno e comunitario*", Bari, 4-5 aprile 2003; COLOMBARI STEFANO, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*.

Segue nota 28

Nota a ord. CGCE sez. IV 14 novembre 2002 (causa C-310/01) in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, fasc. 1, pp. 275-298; DEL CORE SERGIO, *sui limiti all'esercizio in sede di legittimità del potere-dovere del giudice di verificare d'ufficio la compatibilità del diritto interno con quello comunitario*, commento a Cass. sez. civ. I 4 aprile 2003, n. 5241 in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2004, fasc. 4, pp. 414-418; DE ROSE CLAUDIO, *Il regime speciale e derogatorio per i lavori pubblici previsto dalla legge-obiettivo 21 dicembre 2001 n. 443 sulle infrastrutture e gli insediamenti strategici: verifiche di compatibilità comunitaria (Parte I)* in *Il Consiglio di Stato*, 2002, fasc. 2, pt. 2, pp. 273-282; DE ROSE CLAUDIO, *Il regime speciale e derogatorio per i lavori pubblici previsto dalla legge-obiettivo 21 dicembre 2001 n. 443 sulle infrastrutture e gli insediamenti strategici: verifiche di compatibilità comunitaria (Parte II)* in *Il Consiglio di Stato*, 2002, fasc. 3, pt. 2, pp. 439-456; BIGI ELENA "Sulla legge quadro italiana sugli appalti pubblici di lavori e la relativa disciplina comunitaria" (Nota a CGCE 7 ottobre 2004 (causa C-247/02) in *I Contratti*, 2004, fasc. 12, pagg. 1178-1179; CARANTA ROBERTO, *Diritto comunitario e diritto interno (vecchio e nuovo) in materia di fiere*. Nota a CGCE sez. V 15 gennaio 2002 (causa C-439/99) in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, fasc. 2, pp. 787-789.

2. Le novità in materia di appalti pubblici

L'art. 24 della legge n. 62/2005, composto da ben 17 commi, introduce, per l'ennesima volta, modifiche alla legge n. 109/1994 ed agli altri decreti delegati di recepimento della normativa comunitaria in materia di appalti. Alcune di queste modifiche - in particolar modo quelle riguardanti l'attività di progettazione - accolgono le censure sollevate dalla Commissione europea sulla normativa italiana vigente. Di seguito se ne esamineranno le principali caratteristiche.

2.1. I contratti misti

La materia dei contratti "misti", quelli cioè che comportano sia lo svolgimento di lavori che l'erogazione di servizi e/o la fornitura di beni, introduce un duplice ordine di problemi: quello dell'individuazione della disciplina negoziale concretamente applicabile al caso di specie e quello dell'individuazione del regime giuridico al quale assoggettare il contratto, ivi compresa la scelta delle procedure di aggiudicazione.

Tali procedure, in particolare, divergono sostanzialmente a seconda dell'oggetto contrattuale (svolgimento di lavoro, erogazione di servizio e/o fornitura di beni) e del valore dell'appalto, che se superiore ad una data soglia (che è differente per lavori, servizi e/o forniture) determina

l'applicazione della normativa comunitaria²⁹. Al centro della disputa è, dunque, l'individuazione del regime normativo cui assoggettare un contratto misto di lavori, servizi e/o forniture ovvero un contratto di servizi e/o forniture che comprenda anche l'esecuzione di lavori.

Tale scelta non poteva e non può essere rimessa ad una discrezionale valutazione della pubblica amministrazione; è, invece, necessaria l'individuazione di criteri oggettivi che consentano di connotare univocamente la natura oggettivamente ibrida dei contratti misti³⁰.

29. Il problema riguarda, principalmente, da una lato le procedure per appalti di servizi e forniture e dall'altro quella per i lavori pubblici, attesa la diversità delle soglie. Per quanto riguarda, invece, i contratti misti di servizi e forniture anche la normativa comunitaria applica un criterio discretivo di tipo quantitativo incentrato sul valore della prestazione. Afferma tale principio anche Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 18 novembre 1999 (in causa C-179/98) in *Urb. App* 2000, 227. Per quanto concerne le soglie di valore al raggiungimento delle quali è prevista l'applicazione della normativa comunitaria occorre distinguere fra appalti di lavori (pari o superiore al controvalore in Euro di 5.000.000 DSP) e servizi e forniture (pari o superiore al controvalore in euro di 200.000 DSP). In merito va precisato che la circolare del Ministero dell'Economia e delle Finanze pubblicato sulla G.U.R.I. del 17.12.2005 n. 289 ha proceduto alla determinazione del controvalore in Euro delle soglie in DSP derivanti dall'accordo CEE-WTO-GPA, nei termini che seguono: soglie WTO-GPA; 1) DSP 130.000 = euro 137.234 2) DSP 200.000 = euro 211.129; 3) DSP 5.000.000 = euro 5.278.22. Per quanto concerne, infine la direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18 si veda, ai fini della determinazione delle soglie, il Regolamento (ce) n. 2083/2005 della commissione del 19 dicembre 2005 che modifica le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti.

30. Sulla necessità palesata nel testo di ancorare la scelta della procedura a criteri certi si veda G. MASSIMO - A. VARLARO SINISI *Appalti misti: con la circolare ministeriale l'Italia si allinea all'Europa* in *Urb. App.*, n. 6/2004, 631 ss.

L'ordinamento comunitario, a tal fine, ricorre costantemente al criterio della "accessorietà funzionale", mentre, di contro, l'ordinamento italiano ha optato per una valutazione di natura prettamente economica, in particolare con la legge n. 415/1998 che ha modificato l'originaria versione dell'art. 2 della legge n. 109/1994³¹. Nell'ordinamento italiano sono, infatti, da ritenersi appalti di lavori, ed in quanto tali soggetti alla relativa disciplina, i contratti "misti" di lavori e servizi e forniture nei quali la componente "lavoro" presenta un valore economico superiore al 50%. È opportuno sottolineare che il criterio comunitario dell'accessorietà funzionale consente di assoggettare il contratto "misto" all'effettiva volontà delle parti contraenti, sì come scaturente dall'indagine della causa contrattuale, indipendentemente dalla rilevanza economica delle singole prestazioni³². La legge n. 415/1998, probabilmente con "sano" pragmatismo,

31. In particolare si veda l'art. 2, 2° comma, della legge n. 109/1994, sì come modificato dalla legge n. 415/1998, secondo il quale: *"Nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendano lavori accessori, si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento"*. A sua volta, l'art. 3 del D.Lgs. n. 157/1995, come sul punto modificato dall'art. 3, 1° comma, del D.Lgs. n. 65/2000, dispone che: *"Nei contratti misti di lavori e servizi e nei contratti di servizi quando comprendono lavori accessori, si applicano le norme della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50%"*.

32. Sulla scorta del criterio funzionale operante anteriormente alle modifiche di cui alla Legge n. 415/1998, il Consiglio di Stato, sez. V, 11 giugno 1999, n. 630 ha precisato che *"deve considerarsi quale appalto di lavori il contratto che abbia per oggetto principale dell'appalto l'esecuzione di interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria sul patrimonio residenziale comunale (causa del futuro contratto) a fronte di prestazioni strumentali ed accessorie rappresentate dalla realizzazione dell'anagrafe del fabbisogno manutentivo e dalla realizzazione di un programma pluriennale di interventi. Infatti, la ricognizione dello stato dei luoghi, con l'individuazione dei lavori necessari per la riparazione, l'aggiornamento delle situazioni abitative nel corso del rapporto e la conseguente pianificazione degli interventi manutentivi, costituiscono obbligazioni accessorie rispetto*

date le difficoltà di applicazione del criterio dell'accessorietà funzionale - postulante una continua e discrezionale ricerca sulla effettiva volontà negoziale delle parti - ha inteso relazionare l'attribuzione della natura del contratto misto ad un criterio materiale, oggettivamente valutabile³³, riducendo all'origine molte situazioni foriere di contenzioso.

Seppur da questo punto di vista meritorio, l'intervento legislativo menzionato, che fra l'altro delinea la disciplina attualmente in vigore nel nostro Paese, si pone apertamente in contrasto con la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici sì come sopra delineata ed interpretata dalla giurisprudenza comunitaria³⁴ e confermata, peraltro, dalla recente Direttiva 2004/18.

Sulla questione, fra l'altro, è intervenuta, in più di un'occasione³⁵, anche l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, mossa dalla costante, quanto non ben comprensibile, preoccupazione di garantire nei con-

Segue nota 32

a quella principale della manutenzione degli immobili, operazioni che l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto assicurare, con metodologie proprie, anche in assenza di previsione del bando", in Urb. App. 1 / 2000, p. 64 con nota di L. PERFETTI, Gli appalti misti tra vincoli comunitari e fraintendimenti del Consiglio di Stato.

33. Sulla questione relativa ai contratti misti si veda, fra i tanti, GAROFOLI in AA.VV., *La nuova Legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di F. CARINGELLA, 1999, 35; M. GENTILE - A. VARLARO SINISI *Appalti misti: con la circolare ministeriale l'Italia si allinea all'Europa*, in URB e APP n. 6/2004, 631 ss; G. GRECO, *Contratti misti ed appalti comunitari*, in Riv. it. dir. pubb, 1994, 1262; A. CLARIZIA, sub art. 2, in A. Clarizia e A. Carullo, *La legge quadro sui lavori pubblici*, Padova, 1994, 63; C. MALINCONICO, sub art. 2, in L. Giampaolino, M. A. Sandulli, G. Stancanelli (a cura di) *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici fino alla "Merloni - ter"*, Milano, 1999, 20.

34. i veda in merito Corte di Giustizia Ce 19.04.1994 C-331/92 in *Contratti* 1994, 713, con nota di P. SIMONE

35. Rispettivamente con la Deliberazione del 28.12.1999 e con l'atto di regolazione 31.01.2001, n. 5/2001.

tratti “misti” la prevalenza della componente “lavori” rispetto a quella di servizi e forniture. L’Autorità ha proposto, infatti, un criterio “ibrido”, affermando la necessità di accostare all’analisi del contratto in termini di prevalenza economica (criterio italiano) quella di carattere funzionale (criterio comunitario) qualora, con l’utilizzo del primo, i lavori non risultino la componente prevalente del contratto. La stessa Autorità ha, peraltro, affermato che lì dove i lavori oggetto del contratto siano riconducibili a quelli di cui all’allegato A del D.P.R. n. 34/2000³⁶, lo stesso contratto si dovrebbe configurare sempre come appalto di lavori.

Orbene, a prescindere dal fatto che tale ultimo “automatismo” contraddice i criteri precedentemente affermati dalla stessa Autorità, non è ben chiaro per quale ragione il ricorso al criterio dell’accessorietà funzionale debba essere subordinato all’operatività del criterio economico e perché mai tale duplicità debba essere praticata esclusivamente per la componente “lavori” dei contratti misti e non anche per le componenti di servizi e forniture.

In ogni caso, l’Autorità non è sì è premurata di esaminare una questione fondamentale quale quella della compatibilità della norma nazionale con la norma comunitaria. La Commissione europea, con procedura di infrazione n. 2001/2182 - promossa ai sensi dell’art. 226 del Trattato - ha infatti contestato all’Italia la disciplina dei contratti misti di cui al combinato normativo degli artt. 2 della legge n. 109/1994 e 3 del D. Lgs. n. 157/1995. Con tale procedura, la Commissione europea ha ribadito che il criterio da utilizzare per individuare la regolamentazione cui assoggettare un appalto “misto” è quello dell’accessorietà funzionale delle prestazioni e che quanto è disposto dal nostro ordinamento interno sulla materia potrebbe sortire il paradossale effetto di consentire l’affidamento dei

36. Si tratta delle Opere generali (OG) e delle Opere specializzate (OS).

servizi e delle forniture senza il rispetto delle procedure di evidenza pubbliche definite dalla normativa comunitaria. La Commissione ricorda, infatti, che le soglie di applicazione di tale normativa per quanto concerne gli appalti di servizi e forniture sono notevolmente inferiori rispetto a quelle previste per i lavori pubblici. In replica alle summenzionate censure della Commissione il Governo italiano, ha provveduto inizialmente a diramare nuovi criteri per l'individuazione della prestazione prevalente negli appalti "misti", in coerenza con quanto disposto dalle norme comunitarie, attraverso la Circolare del Ministero delle infrastrutture 18.12.2003, n. 2316³⁷.

Parte della dottrina ha individuato un elemento di difficoltà nell'applicazione delle prescrizioni della Circolare ministeriale, considerando che queste ultime divergevano espressamente da quelle della legge vigente³⁸. In realtà il criterio dell'accessorietà, recepito dalla Circolare ministeriale, è previsto dalla normativa comunitaria, la quale ha rango sovraordinato rispetto a quella nazionale; quest'ultima, ove in contrasto con la normativa comunitaria, deve essere disapplicata dal Giudice nazionale.

Tali difficoltà sono state comunque definitivamente superate dall'art. 24, 2° comma, della legge n. 62/2005 che, modificando l'art. 2, 1° comma,

37. Pubblicata sulla G.U.R.I. n. 79 del 3 aprile 2004. Tale circolare, in tema di *Disciplina dei contratti misti negli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi*, ha precisato la nozione di "oggetto principale del contratto", affermando che: "...il criterio utilizzato dal legislatore comunitario mira ad identificare la natura propria dell'appalto, facendo perno su di un concetto di prevalenza della prestazione parziale intesa non tanto (o non solo) in senso economico, quanto piuttosto come prestazione che deve esprimere l'oggetto principale del contratto, definendo conseguentemente il carattere dell'appalto".

38. M. GENTILE - A. VARLARO SINISI *op. cit.*, 637.

della legge n. 109/1994, ha precisato che: *“Nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50 per cento. Quest’ultima disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all’oggetto principale dedotto in contratto”*.

Il legislatore nazionale ha dunque adottato l’orientamento “ibrido” delineato dall’Autorità di vigilanza: in pratica, dapprima sarà necessario verificare se la prestazione relativa all’esecuzione dei lavori sia o meno accessoria sotto il profilo funzionale alle altre prestazioni previste nel contratto. Qualora fosse riscontrata tale accessoria, si applicheranno le procedure previste per i servizi e/o le forniture quale che sia il valore dell’appalto di lavori; in caso contrario (dunque quando i lavori non potranno ritenersi accessori) le regole afferenti gli appalti di lavori potranno trovare applicazione solamente qualora questi ultimi siano d’importo superiore al valore degli appalti di servizi e/o forniture³⁹. Nel nuovo dettato normativo, dunque, l’operatività del criterio della prevalenza economica è subordinata a quella del criterio della accessoria funzionale delle prestazioni, che assume la valenza di criterio guida per la determinazione della disciplina da applicare ai contratti “misti”.

39. Del pari lo stesso art. 24, al 3° comma, modifica coerentemente anche l’art. 3, 3° comma, del D.Lgs. n. 157/1995 riproponendo la seguente formulazione: *“Nei contratti misti di lavori e servizi e nei contratti di servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della legge 11 febbraio 1994, n. 109, qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento. Questa disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all’oggetto principale dedotto in contratto.”*. Anche in questo caso deve ritenersi prevalente il criterio dell’accessoria funzionale della prestazione dei lavori rispetto a quella del valore economico.

2.2. La certificazione di qualità

Altra novità introdotta dall'art. 24 della legge n. 62/2005 riguarda la certificazione di qualità.

In particolare, il 1° comma, della norma menzionata, nel modificare l'art. 8, comma 11-*quater* della legge n. 109/1994 dispone che: *“le imprese alle quali venga rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie Uni Cei En 450000, la certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie Uni Cei Iso 90000 ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema⁴⁰, usufruiscono del beneficio che la cauzione e la garanzia fideiussoria, previste rispettivamente dal comma 1⁴¹ e dal comma 2⁴² dell'art. 30 della presente legge⁴³, sono ridotte, per*

40. Sul sistema di qualificazione in materia di lavori pubblici v. A CRISA-FULLI - L TARANTINO commento *sub* art. 8 in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici* di F CARINGELLA (a cura di), Milano, 1999; Autorità vigilanza ll.pp., determinazione 1.7.2004, n. 12

41. Dispone il comma 1 dell'art. 30 che: *“L'offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici è corredata da una cauzione pari al 2 per cento dell'importo dei lavori, da prestare anche mediante fideiussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, e dall'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia di cui al comma 2, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario. La cauzione copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo. Ai non aggiudicatari la cauzione è restituita entro trenta giorni dall'aggiudicazione”.*

42. Dispone il 2° comma dell'art. 30 che: *“L'esecutore dei lavori è obbligato a costituire una garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo degli stessi. In caso di aggiudicazione con ribasso d'asta superiore al 10 per cento, la garanzia fideiussoria è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10 per cento; ove il ribasso sia superiore al 20 per cento, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20 per cento”.*

43. Sulle cauzioni negli appalti pubblici di lavori si veda G. BARONE Le

le imprese certificate, del 50 per cento". Rispetto alla precedente formulazione del comma 11-*quater*⁴⁴, la novella estende il beneficio premiale anche a coloro che siano in possesso esclusivamente della dichiarazione della sussistenza di elementi significativi e tra loro correlati di un sistema di qualità ed esclude dal proprio ambito di operatività il riferimento all'appalto concorso⁴⁵. Difatti proprio tale ultimo aspetto è stato oggetto della censura della Commissione europea, la quale ha rilevato come la valutazione di un requisito di qualificazione (quale è appunto la certificazione ovvero la dichiarazione) come parametro rilevante anche al fine della valutazione dell'offerta nell'appalto concorso comporterebbe una illegittima commistione fra criteri di qualificazione del concorrente e valutazione

Segue nota 43

forme di garanzia nel contratto di appalto in *Riv. Trim Appalto*, 1998, II, 206; *id.*, 2001, 785 P. GRASSO, *La cauzione provvisoria e definitiva negli appalti pubblici*.

44. Disponeva la precedente versione del comma 11-*quater* che: *"Le imprese alle quali venga rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000, la certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema, usufruiscono dei seguenti benefici:*

- a) la cauzione e la garanzia fidejussoria previste, rispettivamente, dal comma 1 e dal comma 2 dell'articolo 30 della presente legge, sono ridotte, per le imprese certificate, del 50 per cento;
- b) nei casi di appalto concorso le stazioni appaltanti prendono in considerazione la certificazione del sistema di qualità, ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema, in aggiunta agli elementi variabili di cui al comma 2 dell'articolo 21 della presente legge".

45. Difatti la versione dell'art. 9, comma 11 *quater* della Legge n. 109/1994, prima delle menzionate modificazioni ad opera dell'art. 24 della Legge n. 62/2005, contemplava anche una lett. b), a sua volta aggiunto dall'art. 2, comma 5, l. n. 415/98, che recava la seguente disposizione normativa: *b) nei casi di appalto concorso le stazioni appaltanti prendono in considerazione la certificazione del sistema di qualità, ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema, in aggiunta agli elementi variabili di cui al comma 2 dell'articolo 21 della presente legge.*

delle offerte, in spregio al principio fondamentale, propugnato dalla normativa comunitaria in materia di appalti, della netta differenza fra la fase della qualificazione e quella della valutazione⁴⁶.

La legge n. 62/2005, quindi, nel recepimento delle predette istanze, ha abrogato quella parte della norma di cui al comma 11 - *quater* previgente nella parte in cui ammetteva il possesso della certificazione di qualità ovvero della equipollente dichiarazione quale criterio per la valutazione dell'offerta nel caso di aggiudicazione di appalti concorso.

Altra novità, poi, introdotta dalla legge 62/2005 riguarda l'estensione dell'applicazione del beneficio della riduzione della cauzione anche ai candidati in possesso della sola "dichiarazione". Tale estensione era stata avversata dalla recente giurisprudenza amministrativa in quanto, dal tenore letterale della norma previgente, emergeva la circoscrizione di un tale beneficio ai soli possessori della certificazione⁴⁷.

46. Si veda in proposito anche la circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti 16.01.2003, n. 2079 recante *Affidamento di appalti pubblici di lavori mediante procedura di appalto concorso ad imprese in possesso di certificazione di qualità o della dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati*.

47. In particolare il comma 11-*quater*, lett. a) dell'art. 8 disponeva che: "(...)a) la cauzione e la garanzia fidejussoria previste, rispettivamente, dal comma 1 e dal comma 2 dell'articolo 30 della presente legge, sono ridotte, per le imprese certificate, del 50 per cento". Nel senso di cui sopra v. TAR E.R., II, 22.12.2003 n. 2710; TRGA Trento 15.11.2004, n. 374 entrambe in www.Giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I 08-11-2004, n. 746 in *La Legge*, Milano. Riguardo alle regioni a statuto speciale si veda TRGA. Trento, 15-03-2001, n. 221 secondo cui "La norma di cui all'art. 8 comma 11 l. 11 febbraio 1994 - in base alla quale la cauzione e la garanzia fideiussoria sono ridotte del 50% per le imprese certificate - non si applica nella regione Trentino Alto Adige, non costituendo principio di portata generale ma disposizione di mero privilegio: pertanto legittima l'esclusione della concorrente che - nella gara d'appalto di lavori indetta dal comune di Trento - produce arbitrariamente polizza fideiussoria relativa alla cauzione provvisoria per un valore dimezzato rispetto a quanto richiesto" , in *Foro amm.* 2001, V, 1265.

La legge n. 62/2005, invece, chiarisce, se non proprio da un punto di vista formale quanto meno sotto un profilo logico sistematico, che la riduzione del 50% della cauzione di cui all'art. 30, commi 1 e 2 della legge n. 109/1994 si applica anche ai possessori della sola dichiarazione⁴⁸. In verità il nuovo testo, pur presentando, al pari della versione pregressa, il riferimento alle sole imprese certificate, estende, *expressis verbis*, il beneficio della riduzione anche alle imprese in possesso della sola dichiarazione; il riferimento alla sola certificazione deve quindi essere considerato come il risultato di un difetto di raccordo fra le due versioni della norma.

Secondo alcuni, la norma non chiarirebbe, invece, se la riduzione del 50% debba essere praticata esclusivamente alle cauzioni previste dalla legge ovvero anche a quelle, eventualmente diverse, previste dalla amministrazione appaltante nel bando di gara. Il Giudice amministrativo sembrerebbe aver palesato tale dubbio, senza però chiarirlo, in una recente pronuncia⁴⁹ nella quale così espressamente statuisce "...Ora, a fronte dell'incertezza circa la possibilità che il dimezzamento consentito dalla suddetta disposizione potesse operarsi anche sull'importo della cauzione provvisoria previsto in concreto dal bando di gara (se inferiore a quello ordinario) e non solo su quello previsto in via generale dall'art. 30 l. n. 109/1994..." .

A prescindere dalla peculiarità del caso analizzato dal Consesso, non sembra sussistere alcuna incertezza su questo punto in quanto - fatte salve particolari eccezioni normativamente stabilite - l'importo delle cauzioni non appare discrezionalmente modificabile *in peius* quanto meno per quanto riguarda la materia dei lavori pubblici.

48. Si tratta, peraltro, di una norma applicabile esclusivamente per gli appalti di I e II classe in quanto il periodo transitorio previsto dal DPR n. 34/2000, per il quale era prevista l'operatività della dichiarazione predetta, è terminato l'1.1.2005.

49. Cons. St., IV, 28.02.2005, n. 692 in www.giustizia-amministrativa.it .

In particolare, non è sicuramente riducibile la cauzione definitiva di cui al 2° comma, art. 30, considerando che la legge ne prevede, anzi, un incremento (correlato direttamente al ribasso praticato a partire da un livello iniziale pari al 10%). Logica impone che così come la cauzione definitiva anche quella provvisoria, ispirata dalla medesima *ratio*, non possa essere ridotta. La problematica sollevata dal Consiglio di Stato non ha dunque ragion d'essere.

2.3. Le modifiche in materia di *project financing*

L'art. 24, 9° comma, della legge n. 62/2005 modifica l'art. 37 *bis*, comma 2 - *bis* della legge n. 109/1994 in materia di *project financing* prevedendo che: *"l'avviso deve contenere i criteri nell'ambito di quelli indicati dall'art. 37 ter in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte. L'avviso deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall'art. 37 quater comma 1, lett. b) ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti. Con apposito decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sono disciplinati gli effetti sulle procedure in corso che non si siano ancora chiuse a seguito di aggiudicazione alla data di adozione del predetto decreto, i cui avvisi indicativi pubblicati prima della data del 31.01.2005 non contengano quest'ultima indicazione espressa"*.

La norma in esame è anch'essa diretta a risolvere una questione di compatibilità con il diritto europeo relativa, in questo caso, alla disciplina statale dell'istituto del *project financing* con particolare riferimento al diritto di prelazione in fase di aggiudicazione. L'art. 37 *ter* della legge n. 109/1994, infatti, concede al promotore, che nella fase negoziale della gara

si adegui all'offerta del concorrente valutata come maggiormente conveniente dalla pubblica amministrazione, il potere di vedersi aggiudicata la prestazione. In sostanza il promotore, in forza di tale diritto⁵⁰, pur non presentando la migliore offerta avrà la possibilità, all'esito della fase finale della gara⁵¹, di aggiudicarsi la stessa semplicemente adeguando la propria proposta a quella dell'offerta ritenuta migliore.

La Commissione europea⁵² ha fortemente contestato siffatto diritto di prelazione in quanto è stato ritenuto contrastante con i principi della libera concorrenza, che trova la propria *ratio* proprio nel non frapporre limitazioni al "gioco" competitivo fra le imprese, ritenuto funzionale al miglioramento della qualità dei servizi. Il diritto di prelazione previsto dall'ordinamento nazionale, da questo punto di vista, è un'agevolazione che oggettivamente distorce la competizione fra le imprese.

Con l'art. 24 della legge n. 62/2005 il legislatore nazionale ha ritenuto di poter ovviare alle censure comunitarie prevedendo che la pubblica amministrazione indichi già nell'avviso l'esistenza di tale diritto a favore del promotore, rafforzando in questo modo la trasparenza della procedura ma mantenendo immutata la misura agevolativa.

Se la misura è di per se stessa in grado di risolvere il problema formale della trasparenza dell'agire pubblico (tutti i soggetti saranno informati dell'esistenza di un diritto di prelazione in capo al promotore), essa lascia impregiudicato quello sostanziale del permanere di una misura che distorce la libera concorrenza ed è potenzialmente lesiva anche dei principi della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi.

50. Introdotto nell'art. 37 *ter* della Legge n. 109/1994 dalla Legge n. 166/2002.

51. Disciplinata dall'art. 37 *quater* della Legge n. 109/1994.

52. Con il parere 2001/2182 C (2003) che richiama le sentenze della Corte di Giustizia del 25.04.1996 *Bus wallons* e 18. 10.2001 *SIAC C 19/00*.

Riguardo quest'ultimo aspetto, la legge 62/2005 di fatto circoscrive il pieno esplicitarsi del gioco competitivo alla fase di selezione della proposta. È infatti il soggetto selezionato (in libera competizione con altri concorrenti) quale proponente, ai sensi dell'art. 37 *ter* della legge n. 109/1994, a vedersi assegnata anche la titolarità del diritto di prelazione. Secondo la normativa italiana, quest'ultimo diritto resta dunque strettamente connesso - quasi a formarne un tutt'uno - alla proposta presentata che sia stata ritenuta di pubblico interesse⁵³. Proprio per tutelare il principio di concorrenza, l'art. 24, 9° comma, della legge n. 62/2005, modifica l'art. 37 *bis* della legge n. 109/1994 prevedendo che "L'avviso deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'articolo 37-ter, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte". Tale modifica risolve il problema dell'eccessiva discrezionalità attribuita alla pubblica amministrazione dalla precedente normativa nella fase di selezione delle proposte; discrezionalità che, di recente, ha dato luogo ad un acceso contenzioso giurisprudenziale⁵⁴.

In realtà, l'inserimento del diritto di prelazione fra le facoltà del promotore e l'anticipazione del momento della sua attribuzione alla fase della valutazione comparativa delle proposte presentate (in regime di piena concorrenza), non sembra risolvere alla radice il problema sostanziale della lesione dei principi di *parità di trattamento* e *proporzionalità*, soprattutto alla luce della particolare struttura che la procedura di *project* presenta nel nostro ordinamento.

È, difatti, innegabile che, pur nell'ambito di una visione d'insieme

53. In questo senso M BALDI *Legge comunitaria e disciplina degli appalti*, cit. in particolare 909.

54. In particolare T.A.R. Toscana, II, 2.8.2004, n. 2860 e T.A.R. Puglia Bari 19.05.2004, n. 3877. In merito sia consentito rinviare a L. PASSERI *Rivista giuridica dell'Urbanistica* n. 1/2005.

della procedura, il diritto di prelazione ponga comunque il promotore in una posizione privilegiata e pertanto sperequata rispetto agli altri concorrenti, senza che tale vantaggio possa essere giustificato alla luce del “sacrificio” che il promotore ha sopportato predisponendo la proposta, gravando tale sacrificio anche sugli altri concorrenti. Difatti è la legge stessa, infatti, che legittima la partecipazione di altri concorrenti alla successiva fase procedimentale, i quali vedrebbero comunque pregiudicato l’esercizio di un loro legittimo diritto.

Per quanto concerne i sacrifici economici sostenuti dal promotore, va rilevato che la legge n. 109/1994 prevede un puntuale sistema di garanzie e di rimborsi che potrebbe spingersi fino al 2,5 % dell’importo dell’intervento proposto, qualora egli non risulti aggiudicatario della gara⁵⁵.

55. V. Art. 37 *quater* della Legge n. 109/1994 il cui 4° comma, prevede che: *“Nel caso in cui nella procedura negoziata di cui al comma 1, lettera b), il promotore non risulti aggiudicatario entro un congruo termine fissato dall’amministrazione nel bando di gara, il soggetto promotore della proposta ha diritto al pagamento, a carico dell’aggiudicatario, dell’importo di cui all’articolo 37-bis, comma 1, quinto periodo. Il pagamento è effettuato dall’amministrazione aggiudicatrice prelevando tale importo dalla cauzione versata dal soggetto aggiudicatario ai sensi del comma 3”*. Il successivo 5° comma, con riferimento ai concorrenti non aggiudicatari dispone che: *“Nel caso in cui la gara sia esperita mediante appalto-concorso e nella successiva procedura negoziata di cui al comma 1, lettera b), il promotore risulti aggiudicatario, lo stesso è tenuto a versare all’altro soggetto, ovvero agli altri due soggetti che abbiano partecipato alla procedura, il rimborso delle spese sostenute e documentate nei limiti dell’importo di cui all’articolo 37-bis, comma 1, quinto periodo. Il pagamento è effettuato dall’amministrazione aggiudicatrice prelevando tale importo dalla cauzione versata dall’aggiudicatario ai sensi del comma 3”*. Dispone a sua volta l’art. 37 bis, 1° comma, quinto periodo che: *“Le proposte devono inoltre indicare l’importo delle spese sostenute per la loro predisposizione comprensivo anche dei diritti sulle opere dell’ingegno di cui all’articolo 2578 del codice civile. Tale importo, soggetto all’accettazione da parte della amministrazione aggiudicatrice, non può superare il 2,5 per cento del valore dell’investimento, come desumibile dal piano economico-finanziario”*.

Se il diritto di prelazione si giustifica come misura di risarcimento al “sacrificio” del promotore, esso è una duplicazione rispetto a misure già previste e pertanto sproporzionato rispetto alla sua finalità.

In verità, obiettivo del diritto di prelazione è quello di fungere da veicolo per la definitiva affermazione del *project financing* nel nostro Paese, garantendo l’aggiudicazione dell’intervento al promotore. In tale contesto, esso è già stato ritenuto illegittimo dalla Commissione europea e non sembra che le recenti modifiche possano contribuire a modificare tale giudizio.

2.4. La proroga dei contratti

Anche se non espressamente prevista fra le modifiche di cui all’art. 24 della legge 62/2005, la questione della proroga dei contratti è comunque connessa alla materia dei lavori pubblici ed in particolare a quella degli incarichi di progettazione, tale da richiedere una specifica trattazione.

L’art. 23, 1° comma, della legge n. 62/2005 dispone che *“L’ultimo periodo dell’articolo 6, comma 2, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, e successive modificazioni, è soppresso”*⁵⁶.

A sua volta il 2° comma dell’art. 23, dispone: *“I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere proroga-*

56. Dispone la norma citata che: *“E’ vietato il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, ivi compresi quelli affidati in concessione a soggetti iscritti in appositi albi. I contratti stipulati in violazione del predetto divieto sono nulli”*. Il successivo 2° comma della norma prevede a sua volta che: *“Entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione”*.

ti per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge”.

Il quadro normativo sul quale incide l’art. 23 predetto della legge comunitaria distingueva sostanzialmente fra rinnovazione “tacita” ed “espressa” dei contratti delle pubbliche amministrazioni. Difatti, se la prima parte del 2° comma, dell’art. 6 della legge n. 537/1993 prevedeva e prevede - essendo rimasto invariato - un divieto di rinnovo *tacito* dei contratti, la seconda parte del medesimo comma, di contro, ammetteva espressamente la possibilità di rinnovare *espressamente* il contratto, entro tre mesi dalla scadenza dei medesimi, accertando la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse, comunicando al contraente la volontà di procedere al rinnovo. In sintesi la norma, pur vietando un rinnovo *tacito*, legittimava di contro un rinnovo espresso in presenza delle condizioni di cui all’art. 6, 2° comma, della legge n. 573/93. L’intervento della “comunitaria”, dunque, abrogando la sola seconda parte del 2° comma dell’art. 6 citato, estende il divieto di cui alla prima parte dell’articolo - relativo ai rinnovi taciti - anche ai rinnovi espressi⁵⁷.

La *ratio* giustificatrice della previsione di cui all’art. 23, 2° comma della legge 62/2005 è rinvenibile nella relazione di accompagnamento alla medesima legge dalla quale si evince che: “*La Commissione europea ha censurato le disposizioni recate dall’articolo 6, comma 2, della legge n. 537 del 1993, come sostituito dall’articolo 44 dalla legge n. 724 del 1994 (procedura di infrazione 2003/2110 ex art. 226 Trattato CE). Il citato comma 2, in particolare,*

57. Peralto ampiamente riconosciuto dalla giurisprudenza; in merito si veda Cons. St., V, 19.02.2003, n. 921; TAR Veneto 21.2.2005, n. 728 in www.giustizia-amministrativa.it.

pur vietando il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, prevede altresì che “entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione”. La Commissione europea ha ritenuto che tali disposizioni consentirebbero alle amministrazioni pubbliche di attribuire, in modo diretto e senza ricorrere ad alcuna procedura di messa in concorrenza, nuovi appalti di servizi e di forniture, che verrebbero così affidati mediante procedure non coerenti con il diritto comunitario. Si verificherebbe un contrasto con i principi recati dalle direttive 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, e 93/36/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, rispettivamente, in materia di appalti pubblici di servizi e di forniture. Inoltre, tale normativa si collocherebbe in contrasto con i principi di non discriminazione e di trasparenza, preordinati ad assicurare le libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi contemplate dagli articoli 43 e 49 del Trattato CE. Invero le norme in questione interpretate sistematicamente risultano di già abrogate (...) Stante un’obiettiva incertezza interpretativa, anche nella giurisprudenza dei giudici superiori, si rende utile l’emanazione di apposita norma interpretativa, che consente di porre termine alla procedura d’infrazione”.

Peraltro la complessità del combinato normativo in esame si acuisce qualora si riproponga, anche in questa sede, la nota distinzione⁵⁸ fra “rinnovazione” e “proroga” del contratto. Si tratta, infatti, di situazioni diverse, in quanto la rinnovazione consisterebbe in una sostanziale rinegoziazione delle clausole contrattuali e, pertanto, in un sostanziale

58. Si veda in proposito da ultimo F. MARZARI *Servizi e forniture, retroattivo lo stopo della comunitaria al rinnovo dei contratti in corso*, in Ed. e Terr., n. 47/2005, 12.

nuovo contratto; la proroga, invece, consisterebbe in un'operazione di mero prolungamento temporale del contratto già concluso senza apportarvi alcuna modifica contenutistica. Ebbene la giurisprudenza, interpretando la norma di cui all'art. 6 della legge n. 573/93 ha riconosciuto la legittimità della mera proroga⁵⁹.

Rispetto all'art. 6 della legge 573/93, però, l'art. 23, 2° comma, della legge 62/2005 disciplina espressamente anche la materia della proroga contrattuale sostanzialmente affievolendo la validità della differenza descritta poc'anzi. Infatti la norma prevede che: *"I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge"*.

In realtà la norma prevede espressamente la "proroga" dei contratti, ma le condizioni previste dalla fattispecie ne evidenziano la temporaneità ed eccezionalità. Difatti la proroga dei contratti che siano già scaduti ovvero che scadano nei sei mesi successivi all'entrata in vigore della legge n. 62/2005⁶⁰ potranno essere prorogati se:

- 1) la proroga sia unica e non superi la durata di sei mesi;
- 2) sia pubblicato il bando di gara per il nuovo affidamento del servizio entro e non oltre i novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge n. 62.

59. In questo senso cfr. Cons. St., VI, 29.3.2002 n. 1767 in [www. Giustizia-amministrativa.it](http://www.Giustizia-amministrativa.it); Cons. St., III, 4.3.1997, n. 467 in Ed. e Terr. n. 47/2005, 12.

60. La legge pubblicata sulla GURI n. 96 del 27.04.2005 è entrata in vigore il 12.05.2005.

In estrema sintesi il tenore letterale della norma acclara il carattere unico ed eccezionale della proroga contrattuale ammissibile con la conseguenza di sancirne definitivamente l'illegittimità per i futuri contratti.

La fattispecie regolamentata dal 3° comma, dell'art. 23 concerne, invece, una ipotesi diversa, attinente agli appalti di servizi pubblici di cui all'art. 113 del D.Lgs. n. 267/2000. Anche in questo sarà consentita esclusivamente una proroga di carattere eccezionale e contingente; la norma dispone, infatti che: *"I contratti che hanno ad oggetto lo svolgimento di funzioni e servizi pubblici non ricadenti nell'ambito di applicazione dell'articolo 113 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267⁶¹, e successive modificazioni, in scadenza entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per una sola volta per un periodo di tempo non superiore alla metà della originaria durata contrattuale, a condizione che venga concordata una riduzione del corrispettivo di almeno il 5 per cento. Resta fermo che la durata dei contratti prorogati ai sensi del presente comma in ogni caso non può superare la data del 31 dicembre 2008"*.

In definitiva, dunque, la novella chiarisce, una volta per tutte, l'esigenza di garantire il rispetto delle regole della concorrenza ogni qualvolta il contratto venga modificato sia nei suoi contenuti sostanziali che nella sua durata vietando, quindi, rinnovi e proroghe.

Ciò detto vanno, adesso, posti in esame i rapporti correnti fra l'art. 23 della legge n. 62/2005 e il vigente quadro normativo in materia di

61. Dispone l'art. 113, 1° comma, del D.Lgs. n. 267/2000 che: *Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore. Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie. Restano escluse dal campo di applicazione del presente articolo i settori disciplinati dai decreti legislativi 16 marzo 1999, n. 79, e 23 maggio 2000, n. 164.*

appalti pubblici di servizi ed in particolare con l'art. 7 del D.Lgs. n. 157/1995 e s.m. che individua i casi nei quali è possibile esperire la procedura negoziata. In particolare l'art. 7, 2° comma, lett. f) del D.Lgs. n. 157/95 legittima il ricorso alla trattativa privata (procedura negoziata) senza previa pubblicazione del bando di gara, fra l'altro: *“per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati allo stesso prestatore di servizi mediante un precedente appalto aggiudicato dalla stessa amministrazione, purché tali servizi siano conformi a un progetto di base per il quale sia stato aggiudicato un primo appalto conformemente alle procedure di cui al comma 3; in questo caso il ricorso alla trattativa privata, ammesso solo nei tre anni successivi alla conclusione dell'appalto iniziale, deve essere indicato in occasione del primo appalto e il costo complessivo stimato dei servizi successivi è preso in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per la determinazione del valore globale dell'appalto”*.

Occorre innanzitutto soffermarsi sull'oggetto delle due disposizioni normative:

- l'art. 7, lett. f) del D.Lgs. n. 157/95 si riferisce a *nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi* già affidati allo stesso prestatore;
- l'art. 23, 2° comma della legge 62/2005 fa, invece, riferimento ai *contratti già scaduti e che vengano a scadere*.

È di tutta evidenza che mentre nel primo caso l'oggetto della norma è l'affidamento di un *“nuovo servizio”*, nel secondo è la *“proroga del contratto esistente”*. Nel primo caso sarà dunque necessario esperire una nuova gara ancorché negoziata e si procederà con un nuovo affidamento anche se in capo al medesimo aggiudicatario. Nel secondo, invece, non vi sarà un nuovo affidamento, ma esclusivamente un prolungamento degli effetti del contratto.

Anche a voler peraltro superare tale diversificazione, la diversità della

fattispecie è evidente sotto il profilo delle condizioni previste per la loro operatività. Difatti la procedura negoziata di cui all'art. 7, lett. f) del D.Lgs. n. 157/1995 sarà ammissibile esclusivamente qualora:

- 1) i servizi nuovo siano analoghi a quelli precedentemente eseguiti.
- 2) i servizi di nuovo affidamento dovranno essere conformi ad un progetto di base;
- 3) la trattativa privata potrà esperita solamente nei tre anni successivi alla conclusione dell'appalto iniziale;
- 4) la possibilità di procedere al nuovo affidamento dovrà essere indicata nel primo bando di gara;
- 5) il costo complessivo dei servizi successivi dovrà essere considerato anche nel primo bando di gara.

In sostanza dall'insieme dei requisiti di cui sopra si evince che il problema della tutela della concorrenza, che l'art. 23 della "comunitaria" ha inteso perseguire viene adeguatamente tutelato dall'art. 7 del D.Lgs.- n. 157/95. Difatti *"l'art. 7, secondo comma, lett. f) del d.lvo n. 157 del 1995, che consente il ricorso alla trattativa privata solo nei tre anni successivi alla stipula del contratto iniziale, riguarda una diversa fattispecie; si riferisce, infatti, all'affidamento, mediante trattativa privata, allo stesso aggiudicatario di precedente appalto, di nuovi servizi, purché essi siano conformi ad un progetto di base per il quale sia stato aggiudicato un primo appalto"*⁶².

Ancora riguardo all'art. 7 lett. f) del D.Lgs. n. 157/95, il TAR del Lazio, con sentenza del 25.03.2005, n. 2108 ha previsto che: *"Il senso della disposizione è chiaro: viene consentita la ripetizione di servizi sostanzialmente come già regolarmente aggiudicati, poiché si reputa superfluo effettuare una nuova selezione del contraente, quando le prestazioni offerte siano già state valutate, il servizio sia stato in seguito regolarmente svolto e l'Amministrazione non ritenga superato*

62. Consiglio di Stato sez.V 31/12/2003 n. 9302.

il nucleo delle condizioni di espletamento (visto il breve intervallo di tempo dall'aggiudicazione, fissato in un massimo di tre anni). La lettera f) riguarda dunque esclusivamente la ripetizione dei servizi che siano riconducibili al medesimo "progetto di base", per il quale sia stato aggiudicato il primo appalto".

È chiaro che l'appartenenza del servizio al medesimo progetto di base, non vuol certo significare l'esperimento dello stesso servizio, ma di servizio diverso ancorché analogo a quello precedentemente reso; e l'analogia va ricercata nella appartenenza al medesimo progetto di base. In questo senso ancora il TAR Lazio che nella sentenza citata precisa che: *"Una volta che l'amministrazione si determina a richiamare questo specifico meccanismo normativo che consente, a determinate condizioni ed in un preciso termine temporale, il ricorso alla trattativa privata per l'affidamento di servizi a completamento di quelli posti a gara..."*⁶³.

Chiarita la diversità corrente fra le due fattispecie, la portata oggettiva della previsione normativa di cui all'art. 23 della legge n. 62/2005 va circoscritta nel senso che essa non vieta le forme di rinnovazione di cui all'art. 7, 2° comma, lett. f del D.Lgs. n. 157/1995 ove ne ricorrano le condizioni⁶⁴.

63. Così T.A.R. Lazio, II ter n. 7763 del 2004, T.A.R. Lecce, n. 833 del 2004; T.R.G.A. Bolzano, n. 399 del 2003.

64. In materia si veda recentemente TAR Lazio, *I bis*, 12.12.2005, n. 13405 in www.lexitalia.it.

3. L'affidamento degli incarichi "sotto soglia"

3.1. Il regime previgente

L'art. 24, 5° comma, della legge n. 62/2005 ha, inoltre, modificato il comma 12 dell'art. 17 della legge n. 109/1994 che attualmente prevede: *"Per l'affidamento di incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori il cui importo stimato sia inferiore a 100.000 euro, le stazioni appaltanti, per il tramite del responsabile del procedimento, possono procedere all'affidamento ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) e g)⁶⁵, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza"*.

65. I soggetti indicati dalla norma di cui all'art. 17 sono: d) da liberi professionisti singoli od associati nelle forme di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1815, e successive modificazioni, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa;

e) dalle società di professionisti di cui al comma 6, lettera a);

f) dalle società di ingegneria di cui al comma 6, lettera b);

g) da raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere d), e) ed f), ai quali si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13 in quanto compatibili.

g-bis) da consorzi stabili di società di professionisti di cui al comma 6, lettera a), e di società di ingegneria di cui al comma 6, lettera b), anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nel settore dei servizi di ingegneria e architettura, per un periodo di tempo non inferiore a cinque

Il successivo 6° comma, ha modificato invece il secondo periodo del comma 6-bis dell'art. 30 della legge n. 109/1994 relativamente alle procedure di affidamento degli incarichi di verifica degli elaborati progettuali e che attualmente dispone: *“Gli incarichi di verifica di ammontare inferiore alla soglia comunitaria possono essere affidati a soggetti scelti nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza”*.

Ancora, poi, l'ottavo comma dell'art. 24 abroga i commi 8°,9°,10° e 11° dell'art. 188 del D.P.R. n. 554/99⁶⁶ relativi alla formazione dell'elenco

Segue nota 65

anni, e che abbiano deciso di operare in modo congiunto secondo le previsioni del comma 1 dell'articolo 12. È vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile. Ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse, il fatturato globale in servizi di ingegneria e architettura realizzato da ciascuna società consorziata nel quinquennio o nel decennio precedente è incrementato secondo quanto stabilito dall'articolo 12, comma 8-bis, della presente legge; ai consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria si applicano altresì le disposizioni di cui ai commi 4, 5, 6 e 7 del predetto articolo 12.

66. In particolare il comma 8 disponeva che: *“Ai fini dell'affidamento dell'incarico di collaudo a soggetti esterni all'organico delle stazioni appaltanti sono istituiti presso il Ministero dei lavori pubblici, le Regioni e le Province autonome elenchi dei collaudatori.”* Il comma 9 disponeva che: *“Agli elenchi possono essere iscritti, su domanda corredata da curriculum e da adeguata documentazione, distinti per specializzazione e competenza professionale, i soggetti in possesso dei requisiti fissati dal comma 2. I dipendenti delle amministrazioni pubbliche possono iscriversi gli elenchi anche se non iscritti ai relativi albi professionali. Le amministrazioni curano la tenuta degli elenchi a mezzo di apposite commissioni, costituite secondo le disposizioni vigenti presso ciascuna di esse. Gli elenchi dei collaudatori sono pubblici e sono aperti alla consultazione anche telematica”* Il comma 10 disponeva che: *“Gli elenchi sono ripartiti in sezioni corrispondenti alle categorie di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici. Negli elenchi vengono progressivamente registrati tutti gli incarichi di collaudo conferiti”*. Il comma 11 disponeva che: *“Le stazioni appaltanti individuano, nell'ambito degli elenchi il professionista o i professionisti da incaricare, che siano in possesso dei requisiti specifici richiesti per l'intervento da collaudare e che abbiano conseguito la*

dei collaudatori dal quale le amministrazioni attingevano per l'affidamento dei relativi incarichi. La mancanza di criteri predeterminati *ex lege* per l'inserimento delle diverse professionalità nel predetto elenco, infatti, hanno indotto la Commissione europea a censurare la legittimità della previgente disposizione normativa sotto il profilo della lesione del principio della concorrenza.

Anche negli altri casi citati, le modifiche alla legge 109/94 sono state apportate in recepimento delle censure sollevate dalla Commissione europea riguardanti precipuamente le modalità di affidamento degli incarichi di progettazione e di verifica degli elaborati progettuali; l'esito di tali modifiche porta sostanzialmente ad una scomparsa del criterio fiduciario⁶⁷, almeno come concepito nella precedente versione della legge nazionale, per l'affidamento di tali tipologie di incarichi.

Segue nota 66

laurea: a) da almeno 10 anni per il collaudo di lavori di importo pari o superiore ad 5.000.000 di Euro, ovvero per lavori comprendenti strutture; b) da almeno 5 anni per il collaudo di lavori di importo inferiore ad 1.000.000 di Euro". Dispone, inoltre, l'art. 188, 2° comma del DPR n. 554/99: "Costituiscono requisito abilitante allo svolgimento dell'incarico di collaudo le lauree in ingegneria, architettura, e, limitatamente a un solo componente della commissione, le lauree in geologia, scienze agrarie e forestali, l'abilitazione all'esercizio della professione nonché, ad esclusione dei dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici, l'iscrizione da almeno cinque anni nel rispettivo albo professionale".

67. La precedente versione dell'art. 17, comma 12, della Legge n. 109/1994, sì come definita dalla Legge n. 166/2002, disponeva che: *"Per l'affidamento di incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori il cui importo stimato sia inferiore a 100.000 euro le stazioni appaltanti per il tramite del responsabile del procedimento possono procedere all'affidamento ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) e g), di loro fiducia, previa verifica dell'esperienza e della capacità professionale degli stessi e con motivazione della scelta in relazione al progetto da affidare".* Allo stesso modo, la precedente versione della seconda parte dell'art 30, comma 6°-bis della legge n. 109/1994 disponeva che: *"Gli incarichi di verifica di ammontare inferiore alla soglia comunitaria possono essere affidati a soggetti di fiducia della stazione appaltante".*

La formulazione della disciplina per l'affidamento degli incarichi di progettazione d'importo inferiore alla soglia comunitaria è stata piuttosto travagliata; in questa sede è sufficiente ricordare che la legge 109/94 ha distinto tre tipologie di aggiudicazione, a seconda del valore della prestazione.

Per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia di applicazione della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici di servizi⁶⁸, si applicano le disposizioni di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157.

Per l'affidamento di incarichi di progettazione il cui importo stimato sia compreso tra 100.000 euro e la soglia di applicazione della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici di servizi è prevista, oltre alla procedura del pubblico incanto, un'altra procedura di aggiudicazione ristretta delineata dagli artt. 62 e ss. del D.P.R. n. 554/99⁶⁹.

Infine, l'art. 17, comma 12, della legge n. 109/1994 prevedeva che l'affidamento fiduciario degli incarichi di progettazione potesse intervenire nel caso di incarichi di valore inferiore a 40.000 euro; tale soglia è stata successivamente elevata a 100.000 euro dalla legge n. 166/2002.

Come rilevato, l'affidamento "fiduciario" degli incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori, il cui importo stimato fosse inferiore a 100.000 euro, era rimesso al responsabile del procedimento, il quale doveva verificare l'esperienza e la capacità professionale dei concorrenti e motivare la scelta in relazione al progetto da affidare.

68. Controvalore in Euro di 200.000 DSP per il D.Lgs. n. 157/95; 211.000 € per la Direttiva 2004/18/Ce.

69. Si noti il difetto di raccordo fra il contenuto dell'art. 17, comma 11 della Legge n. 109/1994 che ha esteso la soglia degli affidamenti *ex* fiduciari al valore di 100.000 euro e l'art. 62 DPR n. 554/99 che, invece, fa ancora riferimento alla vecchia soglia dei 40.000 euro.

La summenzionata ripartizione rinveniva la propria *ratio* nell'esigenza di semplificare le procedure di affidamento per quegli incarichi di minore importo per i quali le procedure previste dalle direttive europee risultavano essere eccessivamente complesse.

La discrezionalità sottesa alla fiduciarità dell'affidamento era comunque temperata dalla necessità di un, seppur minimo, confronto concorrenziale incentrato sull'analisi dei *curricula* dai quali desumere l'esperienza e la capacità professionale dei candidati, nonché dall'obbligo di motivare la scelta effettuata.

3.2. L'abrogazione del carattere fiduciario dell'affidamento

Il quadro normativo sopra descritto è stato, come più volte sottolineato, censurato dalla Commissione europea, comportando un nuovo intervento sull'art. 17, 12° comma, della legge n. 109/1994.

L'odierna formulazione della norma prevede l'abbandono del carattere fiduciario dell'affidamento ed introduce l'obbligo del rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Prendendo spunto da un condivisibile orientamento dottrinario⁷⁰, la limitazione della discrezionalità della pubblica amministrazione potrebbe configurarsi come solo apparente, almeno fino a quando non siano meglio definiti i contenuti e le conseguenze applicative dei suddetti principi.

Come si vedrà in seguito, l'azione normativa di alcune Regioni su questo aspetto della normativa sui lavori pubblici, sembra palesare il ri-

70. Si veda M BALDI *Legge comunitaria e disciplina degli appalti in Urb. app.* n. 8/2005, 899 ss.; R. MANGANI *Ma non basta: p.a. più limitata in Ed. e terr.*, 3 ss.

schio di una effettiva elusione dei principi della concorrenza che pure l'intervento della Commissione europea doveva in qualche misura garantire.

La questione centrale è, dunque, quella di accertare quali debbano essere i contenuti "minimi" della procedura di affidamento degli incarichi sotto soglia tale per cui possano essere considerati effettivamente rispettati i principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

A tal fine è opportuno passare brevemente in rassegna i principali orientamenti sulla questione.

Come è noto, l'azione comunitaria in materia di appalti pubblici ha quale obiettivo precipuo quello di predisporre le condizioni necessarie affinché i relativi contratti siano aggiudicati senza alcuna discriminazione fra gli operatori ed all'offerente migliore⁷¹.

In particolare, la Corte di Giustizia, con riferimento specifico alla materia degli appalti pubblici, ha sempre affermato l'esistenza in capo alla pubblica amministrazione di un obbligo di trasparenza e di imparzialità, che consiste nel garantire ad ogni potenziale offerente un adeguato livello conoscenza (pubblicità) e l'applicazione di procedure di aggiudicazione non discriminatorie. La Corte di Giustizia affida al giudice na-

71. In particolare la Commissione europea, nella comunicazione del 27.11.1996 nota come *Libro verde sugli appalti pubblici nell'Unione Europea* mette in evidenza come la disciplina normativa in materia di appalti pubblici fosse diretta a sovvertire la logica di un mercato sostanzialmente "nazionalistico" degli acquisti pubblici. Difatti viene precisato che prima dell'entrata in vigore della disciplina comunitaria relativa agli appalti pubblici "...gli acquisti pubblici degli Stati membri si orientavano in genere verso il mercato nazionale. I fornitori nazionali beneficiavano talvolta di una protezione elevata e veniva loro attribuita una quota importante di appalti pubblici, spesso tenendo poco conto dei criteri volti ad ottenere il miglior rapporto qualità/prezzo....".

zionale il compito di statuire se tale obbligo sia stato osservato nei casi specifici⁷².

Pur considerando che la materia degli appalti pubblici non è oggetto di specifica trattazione nelle norme del Trattato, è innegabile come quest'ultimo abbia profondamente influenzato la disciplina della materia soprattutto per quella parte afferente alla tutela della concorrenza ed alle disposizioni che garantiscono la libera prestazione dei servizi ed il diritto di stabilimento⁷³. In buona sostanza il Trattato e l'interpretazione della giurisprudenza comunitaria impone che nell'affidamento degli appalti pubblici gli Stati membri garantiscano la non discriminazione dei concorrenti, il mutuo riconoscimento degli stessi ed adottino misure proporzionali⁷⁴. Esaminiamo singolarmente tali singoli obblighi e la loro pratica declinazione.

Il principio della *parità di trattamento* impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe a meno che non ricorrano nel caso concreto situazioni oggettive che giustificano siffatta diversità⁷⁵. Nelle procedure di appalto gli Stati membri devono quindi garantire che i concorrenti siano messi in condizione di gareggiare ciascuno alle medesime condizioni dell'altro. In sintesi, tale principio impone di adottare "regole del gioco" valide per tutti ed ancorate, il quanto più possibile, a criteri oggettivi in

72. Vedi *ex multis* Corte Giustizia Comunità Europee, sez. VI, 07-12-2000, causa C-324/98 - Avv. gen. N. Fennelly, - Rel. V. Skouris - Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG, Herold Business Data AG.

73. In particolare v. *Libro verde sugli appalti cit.*, 1996 e la *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario* del 12.04.2000.

74. *Ex multis*: Corte di Giustizia Ce sent. 09.07.1987 C-27/86, 28/86, 29/86 *Bellini*; *id.* sent.10.03.1987 C-199/85, *Commissione/Italia*, *id.* 17.11.1993 C-71/92 *Commissione/Spagna*.

75. In questi termini Corte di Giustizia Ce, sent. 08.10.1980 C-810/79 *Uberschar*.

modo tale da consentirne un agevole riscontro. Per ottenere ciò è comunque necessario che “.....le regole del gioco siano conosciute da tutti i potenziali concorrenti”⁷⁶. Connesso al principio della parità di trattamento è dunque quello della *trasparenza*, che “mira ad assicurarne l’effetto utile garantendo condizioni di concorrenza non falsate”⁷⁷. Il rispetto del principio di trasparenza impone a sua volta l’adozione di forme adeguate di pubblicità atte a dare piena ed ampia conoscenza della volontà della pubblica amministrazione.

Il principio del *reciproco riconoscimento*, si come elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, si concreta nell’obbligo gravante su di uno Stato membro di accettare i servizi ed i prodotti forniti dalle imprese di altro Stato membro lì dove questi si dimostrino funzionali, in misura equivalente rispetto ai prodotti ed ai servizi prestati dalle imprese nazionali, alla soddisfazione dei propri bisogni⁷⁸. Questo principio assume particolare importanza soprattutto in riferimento al reciproco riconoscimento dei requisiti di “qualificazione” delle imprese nell’ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

Anche il principio della *proporzionalità* è annoverato dalla giurisprudenza fra i principi fondamentali del diritto comunitario⁷⁹; esso impone l’adozione, fra la pluralità di azioni idonee, di quella meno invasiva per l’esercizio di un’attività economica. Tale principio è stato altresì fatto proprio anche dalla giurisprudenza amministrativa che non ha mancato di

76. In questi termini la Commissione europea nella comunicazione interpretativa del 12.04.2000.

77. V. Corte di Giustizia Ce, sent. 18.11.1999 C-275/98 *Unitron Scandinavia A/S*; *id.* sent. 25.04.1996 C-87/94 *Bus Wallons*.

78. Sul punto Corte di Giustizia Ce, sent. 07.05.1991 C-340/89 *Vlassopoulou*; *id.* sent. 25.07.1991 C-76/90 *Dennemeyer*.

79. V. Corte di Giustizia Ce, sent. 11.07.1989 C. 265/87, *Scharader*.

sottolineare come la disciplina della gara debba essere, appunto, “proporzionata” allo scopo da perseguire: *“anche se rientra nella discrezionalità dell’Amministrazione appaltante fissare in concreto i requisiti di capacità economica e finanziaria tuttavia tali requisiti devono raccordarsi con carattere di proporzionalità ed adeguatezza all’oggetto dell’appalto e non costituire, di contro, un’indebita limitazione dell’accesso alla gara delle imprese presenti sul mercato”*⁸⁰. Il rispetto di tale principio impone ad ogni Stato membro di non richiedere requisiti di qualificazione e/o di partecipazione alla gara abnormi ed eccessivi rispetto al valore del contratto da aggiudicare⁸¹.

3.3. Le nuove regole della procedura di affidamento

Definiti i contenuti dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza è possibile adesso provare a delineare un modello procedimentale che sia rispettoso degli stessi. All’uopo può essere utile distinguere la procedura di aggiudicazione nelle seguenti fasi:

- 1) una fase prodromica di formazione e comunicazione della volontà pubblica concernente, fra l’altro, le forme di pubblicità;

80. In questi termini T.A.R. Lazio, Sez. III, 27.11.2002, n. 10823 in www.giust.it n. 12-2002 che nel caso specifico ha ritenuto in conflitto con le esigenze di tutela della concorrenza, sotto il profilo della proporzionalità, la clausola di un bando di gara che prevedeva il possesso di un fatturato pari ad oltre il doppio del corrispettivo presunto di appalto. Sull’argomento si veda T.A.R. Lazio, Sez. I-bis, 01.03.2002, n. 1577 in www.giust.it n. 3-2002, T.A.R. Lombardia, Sez. III, sent. 30.10.2000, n. 6158 con nota di G. Virga *sul principio di proporzionalità nelle gare di appalto* in www.giust.it n. 12-2000.

81. In questi termini Commissione europea nella Comunicazione interpretativa del 2.04.2000.

- 2) una fase intermedia di ammissione alla procedura di gara concernente, fra l'altro, la determinazione dei requisiti di ordine generale e dei requisiti di qualificazione;
- 3) una fase finale di aggiudicazione della gara concernente, fra l'altro, la valutazione delle offerte.

A queste fasi deve, poi, aggiungersi quella di esecuzione del contratto di scarso interesse ai fini del presente lavoro.

Si è visto sopra⁸² che una effettiva concorrenza viene garantita consentendo la massima partecipazione dei soggetti alla procedura; attraverso un'ampia partecipazione di concorrenti e garantendo all'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di comparare una pluralità di offerte e pervenire ad una scelta dell'aggiudicatario più efficiente.

Il raggiungimento dell'obiettivo della massima partecipazione di concorrenti deve essere perseguito attraverso una adeguata pubblicità della gara. Sul punto la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che *"il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (ritraibili principalmente dagli artt. 43 e 49 T. Ce) nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici (enucleabili dalle direttive in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture), impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercé l'utilizzo di procedure competitive selettive"*⁸³.

Nella fase di formazione e comunicazione della volontà pubblica, quindi, la tutela della concorrenza deve essere perseguita attraverso il

82. V. Corte di Giustizia Ce, 18.09.1999 C-27/98 citata.

83. Così Cons. St., IV, 17.01.2002, n. 253 in www.giustizia-amministrativa.it

ricorso ad adeguati regimi di pubblicità che rendano *trasparenti*⁸⁴ le procedure di aggiudicazione; queste ultime devono inoltre garantire la parità di trattamento di tutti i potenziali concorrenti⁸⁵.

L'obbligo del rispetto del principio della libera concorrenza da parte della pubblica amministrazione trova fondamento anche nei precetti di cui all'art. 97 della Costituzione, che impone un'azione amministrativa ispirata ai principi del buon andamento e dell'imparzialità⁸⁶.

Limitatamente alla fase prodromica della procedura di aggiudicazione, l'amministrazione deve provvedere a comunicare con ampio risalto il proprio fabbisogno e a fissare le condizioni minime che la prestazione richiesta deve possedere per soddisfare siffatto fabbisogno; l'amministrazione dovrà anche chiaramente comunicare quali saranno i criteri e le procedure utilizzate per addivenire alla scelta dell'aggiudicatario. In buona sostanza in tale fase dovranno essere fissate le regole della gara che, in virtù del principio della parità di trattamento, dovranno non solo essere comunicate e rese note a tutti i potenziali concorrenti, ma anche trovare una indifferenziata applicazione nei loro confronti.

84. V. Corte di Giustizia Ce, 7.12.2000 C-324/98 *cit.* e secondo cui l'aggiudicazione di un servizio che esuli dal campo di applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici deve tuttavia rispettare, fra l'altro, il principio della trasparenza delle procedure.

85. Questa impostazione ermeneutica ha trovato conferma nella consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria: *ex multis*: Cass. SS.UU.11.11.1997, n. 11131; Corte Cost. 18.04.1991, n. 168; Corte di Giustizia Ce, 13.05.1981, C-66/80.

86. V. Cons. St., IV, 15.02.2002, n. 923 che testualmente dispone: "(..) nel rispetto del principio di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa enunciati dall'art. 97 della Costituzione, la predetta serie procedimentale si impernia fundamentalmente sui postulati di trasparenza ed imparzialità che, a loro volta, si concretizzano nel principio della par condicio di tutti i concorrenti realizzata attraverso la previa disposizione del bando di gara.....".

La giurisprudenza comunitaria ha specificato che il rispetto del principio della parità di trattamento fra i concorrenti presuppone che la trasparenza e l'obiettività della procedura siano state assicurate e, in particolare, che le regole della procedura (tra le quali i criteri di aggiudicazione) siano state chiaramente menzionate nel bando di gara o nel capitolato d'onori⁸⁷.

Le regole procedurali non dovranno essere discriminatorie né palesemente - come sono, ad esempio, quelle incentrate sulla cittadinanza ovvero sul luogo di stabilimento dei concorrenti - né in via dissimulata come avverrebbe qualora esse, pur fondandosi su elementi diversi di distinzione, pervengano al medesimo risultato⁸⁸.

Gli adempimenti che l'amministrazione dovrebbe assolvere al fine di garantire il rispetto dei principi menzionati sono:

- la pubblicazione del bando o dell'avviso con modalità (strumenti e tempi) proporzionati all'importanza dell'affidamento;
- la specifica indicazione all'interno del bando o dell'avviso dei termini di presentazione delle offerte, dei relativi criteri di aggiudicazione nonché, in via generale, di tutte le disposizioni che sovrintendono l'esperimento della procedura di gara, le quali devono poter essere agevolmente controllate dai concorrenti al fine di verificare il corretto operato della stazione appaltante.

In merito la Corte di giustizia, UE, sez. VI, con la sentenza 07-12-2000, causa C-324/98 ha precisato che *"l'obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni poten-*

87. Si veda Corte Giustizia Comunità Europee, sez. V, 18-10-2001, causa C-19/00 - Avv. gen. F.G. Jacobs - SIAC Construction Ltd c. c. County Council of the County of Mayo;

88. v. Corte di Giustizia Ce sent. 13.07.1993 C-330/91 *cit.*

ziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione".

La fase procedimentale successiva è quella dell'ammissione dei concorrenti e quindi della loro qualificazione; anche in questa fase è necessario il rispetto di tutti i principi che sono stati individuati come "corollari" del principio della libera concorrenza.

Il principio della parità di trattamento assume rilievo nella fissazione dei requisiti di qualificazione dei concorrenti; tali requisiti infatti non possono essere incentrati su elementi di natura discriminatoria. Nella ricognizione circa il possesso di tali requisiti, la pubblica amministrazione inoltre non può omettere di rispettare il principio del mutuo riconoscimento.

Su questo specifico punto la giurisprudenza comunitaria ha precisato che "*...i requisiti nazionali di qualificazione, anche se applicati senza discriminazioni fondate sulla nazionalità, possono produrre l'effetto di frapporre ostacoli all'esercizio da parte dei cittadini da altri Stati membri, del diritto di stabilimento loro garantito.....Tale potrebbe essere il caso se le norme nazionali considerate facessero astrazione dalle conoscenze e dalle qualifiche già acquisite dall'interessato in un altro Stato Membro*"⁸⁹.

In sostanza il principio del mutuo riconoscimento applicato agli appalti pubblici impone che lo Stato membro presso il quale la prestazione deve essere fornita, debba accettare le certificazioni e le qualifiche pre-

89. Corte di Giustizia Ce, sent. 07.05.1991 C-340/89 *cit.*, *id.* sent. 25.07.1991 C-76/90 *Dennemeyer*.

scritte in un altro Stato membro, nella misura in cui esse siano riconosciute equivalenti a quelle richieste⁹⁰.

Inoltre, in ottemperanza al principio di *proporzionalità*, i requisiti tecnici, professionali e finanziari richiesti per la qualificazione dei concorrenti dovranno essere proporzionati al valore ed all'oggetto dell'appalto da aggiudicare⁹¹.

Come già detto, anche la fase procedurale della aggiudicazione è interessata dai principi afferenti alla tutela della concorrenza ed in particolare a quello relativo alla *par condicio*⁹², che impone il ricorso a criteri e

90. V. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sent. 21.12.2002, n. 1086 in www.giust.it n. 1-2003 con nota di F Titomanlio *La qualificazione delle imprese degli altri Stati CEE nella sentenza 1086/2002 del TAR Friuli Venezia Giulia*; il Tribunale amministrativo ha sull'argomento precisato che: "La produzione dell'attestato SOA, da parte di una impresa straniera avente sede in uno Stato aderente all'Unione europea, ai sensi dell'art. 3, comma 7 D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, non è condizione obbligatoria per la partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici, nonché per l'affidamento dei relativi subappalti; per tali imprese, infatti, ai sensi dell'art. 8, comma 11-bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (comma aggiunto dall'art. 2, L. 18 novembre 1998, n. 415) la partecipazione alle procedure per l'affidamento di appalti di lavori pubblici avviene in base alla documentazione, prodotta secondo le normative vigenti nei rispettivi Paesi, del possesso di tutti i requisiti prescritti per la partecipazione delle imprese italiane alle gare (iscrizione nel registro delle imprese, certificato sui risultati di gestione, attestato dell'Amministrazione delle Finanze, ecc.)". inoltre, come precisato dalla Commissione nella comunicazione del 12.04.2000 relativamente alla qualificazione delle imprese, oltre all'applicazione delle direttive di armonizzazione tecnica, la prova dell'equivalenza può essere portata in virtù di accordi di riconoscimento reciproco dei sistemi di certificazione volontaria che possono fondarsi anche sull'accreditamento che permette di dimostrare la competenza degli organismi di valutazione.

91. V. Commissione, comunicazione del 12.04.2000 *cit.* Per la giurisprudenza v. Corte di Giustizia Ce, sent. 17.05.1984, C-15/83; Trib., sent. 19.06.1997, T-260/94 *Air Inter SA*, punto 14.

92. In questi termini espressamente Corte di Giustizia Ce, 25.04.1996 C-87/94 *cit.*

parametri obiettivi e predeterminati, esternati nelle forme previste dal quadro normativo di riferimento, per la qualificazione dei concorrenti. Tali requisiti non dovranno fare riferimento alla nazionalità o al luogo di stabilimento dei concorrenti e non potranno essere modificati se non in presenza di circostanze eccezionali e, comunque, con il consenso di tutti i partecipanti.

Su quest'ultimo punto, la giurisprudenza comunitaria ha ritenuto che, quando le prescrizioni della gara siano fissate nel capitolato d'appalto, il rispetto del principio della parità di trattamento impone che tutte le offerte siano conformi a tali prescrizioni, al fine di garantire un raffronto obiettivo tra le offerte. Inoltre, la procedura del confronto tra le offerte deve rispettare, in tutte le sue fasi, tanto il principio della parità di trattamento quanto quello della trasparenza, affinché tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte⁹³.

I contenuti del principio della *par condicio* in questa fase del procedimento dell'appalto sono stati anche definiti *a contrario*, ossia facendo riferimento alle violazioni riscontrate, queste riguardano:

- 1) l'accettazione di offerte non conformi a quanto stabilito dal bando di gara ovvero dal capitolato d'oneri⁹⁴;
- 2) l'accettazione di offerte modificate successivamente alla loro apertura⁹⁵ ivi compresa la presa in considerazione di soluzioni alternative nei casi in cui tale possibilità non sia stata prevista dal progetto iniziale;

93. Si vedano le conclusioni dell'avv. gen. F.G. Jacobs relativamente al procedimento C-174/03 conclusosi con sentenza della Corte Giustizia Comunità Europee 21-04-2005, causa C174/03 .

94. Corte di Giustizia Ce, 22.06.1993 C-243/89 *Comm./Danimarca*; *id.* 25.04.1996 C-87/94.

95. Corte di Giustizia Ce, 27.11.2001 C-285/99 C-286/99.

3) l'accettazione di offerte che snaturino il progetto iniziale ancorché formalmente adesive ai criteri fissati dalla *lex specialis* della gara.

Altro principio - sul quale poggia la fase di aggiudicazione è quello della "segretezza" delle offerte la cui violazione si ritiene integrata qualora sia "effettivamente instaurato un flusso informativo tra i concorrenti che abbia influito sulla scelta del contraente" ovvero qualora tale flusso sia stato solamente reso possibile, ossia qualora si siano verificati atti tali da incidere sulla libera determinazione della pubblica amministrazione⁹⁶.

Anche la fase dell'aggiudicazione deve anche prevedere una adeguata "pubblicità" degli atti di gara, espressione del principio della trasparenza e, pertanto, anche della parità di trattamento. La pubblicità della procedura è garanzia di correttezza delle operazioni; secondo la giurisprudenza, essa si concretizza nel garantire: a) la pubblicità della seduta; b) la continuità della seduta stessa.

Relativamente al primo aspetto è stato affermato che "in sede di apertura dei plichi contenenti i documenti di ammissione e le offerte, il materiale documentario trovi correttamente ingresso con le garanzie della seduta pubblica e secondo le procedure stabilite dalle norme generali di gara..."⁹⁷.

Il principio della continuità della seduta impone, invece, che tutte le operazioni - salvo il caso in cui ciò sia oggettivamente impossibile⁹⁸ - siano espletate in una unica seduta senza alcuna soluzione di continuità. In

96. In questi termini Cons. St., IV, 15.05.2002, n. 2599 in *Consiglio di Stato*, 2002, 1128-1129.

97. Cons. St., VI, 04.11.2001, n. 4586 in *Consiglio di Stato*, 2001, 987.

98. Come nel caso, ad esempio, della procedura dell'appalto concorso per la valutazione, da parte della Commissione, delle offerte presentate che, generalmente, richiede una attenta e complessa indagine tecnica che non è possibile, generalmente, espletare in una unica seduta. Sulle eccezioni si veda Cons. Stato, VI, 16.11.2000, n. 6128 in *Consiglio di Stato*, 2000, I, 663; Consiglio di Giustizia Amministrativa Sicilia, 16.09.1998, n. 447, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, 1397.

merito è stato precisato come siffatto principio costituisca “...espressione dei più generali principi di buon andamento, imparzialità, trasparenza e correttezza dell’operato dell’amministrazione, e mira a garantire che le operazioni di gara si svolgano con imparzialità, nel rispetto della par condicio dei concorrenti, e senza il sospetto di favoritismi che potrebbero verificarsi se le sedute della Commissione di gara fossero distanziate nel tempo...”. Sicché la sua violazione non potrebbe che comportare “..l’invalidità della gara, a prescindere dalla verifica delle conseguenze pratiche”⁹⁹.

L’applicazione del principio della *trasparenza* nella fase di aggiudicazione di un gara di appalto, comporta la necessità di garantire sia la “pubblicità della seduta” che la “segretezza delle offerte”. Sul punto è stato precisato che: “il bilanciamento tra il diritto di accesso degli interessati e il diritto alla riservatezza dei terzi, non è stato riservato alla potestà regolamentare o alla discrezionalità delle singole amministrazioni, ma è stato compiuto direttamente dalla legge che, nel prevedere la tutela della riservatezza dei terzi, ha fatto salvo il diritto degli interessati alla visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici”. Pertanto “la partecipazione ad una gara comporta, tra l’altro, che l’offerta tecnico-progettuale presentata fuoriesca dalla sfera di dominio riservato dell’impresa per porsi sul piano della valutazione comparativa rispetto alle offerte presentate da altri concorrenti, con la conseguenza che la società non aggiudicataria ha interesse ad accedere alla documentazione afferente le offerte presentate in vista della tutela dei propri interessi giuridici”, e che “in presenza di una offerta vincente perché economicamente più bassa ed a costi molto contenuti, non può negarsi all’impresa esclusa l’accesso a quegli atti necessari alle finalità di controllo di quei requisiti tecnici e di tutte le altre caratteristiche del

99. V. Cons. Stato, VI, 16.11.2000, n. 6128 *cit.*; *id.*, IV, 15.07.1992, n. 689 in *Consiglio di Stato*, I, 987.

prodotto, oggetto della fornitura, minuziosamente contemplati nel relativo bando di gara"¹⁰⁰.

In sintesi, il modello procedurale tipico per l'affidamento degli incarichi di progettazione d'importo inferiore ai 100.000 € , al fine di rispettare nella sostanza la prescrizione normativa dettata dal legislatore nell'art. 17, comma 12, della legge n. 109/1994 a seguito delle modifiche apportate attraverso la legge 62/2005, dovrà avere le seguenti caratteristiche:

- innanzitutto si palesa l'esigenza di una procedimentalizzazione della procedura, che pur non dovendo necessariamente presentare la complessità e l'articolazione di quelle per gli appalti d'importo superiore, sia in grado di garantire il rispetto dei principi elencati dalla norma;
- l'amministrazione dovrà rendere edotti gli interessati della sua esigenza di affidare gli incarichi di progettazione adottando le forme di pubblicità proporzionate al valore dell'intervento da aggiudicare. L'atto tipico è il bando di gara ovvero il meno complesso avviso, che contenga i requisiti indispensabili per una paritaria partecipazione alla gara da parte di tutti i candidati. In quest'ottica l'atto dovrà quanto meno indicare il valore dell'appalto, i requisiti di qualificazione, il criterio di aggiudicazione e di valutazione delle offerte, i tempi e le modalità di presentazione delle offerte;
- il bando di gara o l'avviso dovrà essere reso pubblico attraverso forme semplificate, ma tipizzate dalla legge, quale è l'albo pretorio e per un termine congruo al fine di consentire la più ampia partecipazione di concorrenti;

100. V. Cons. St. IV, 30.07.2002, n. 4078 in www.Giustizia-amministrativa.it.

- legittima è la costituzione di un albo dei consulenti (alcune Regioni hanno adottato tale strumento), dal quale “pescare” per individuare i soggetti ai quali affidare i relativi incarichi. Anche in questo caso dovranno essere esperite, a monte, le forme di pubblicità di cui sopra al fine di selezionare i professionisti da inserire nel costituendo elenco; dovranno anche essere definiti e pubblicati i criteri che l’amministrazione seguirà per le varie turnazioni. Prima dell’aggiudicazione, comunque, l’amministrazione dovrà procedere ad ulteriori forme di pubblicità al fine di consentire la partecipazione alla gara anche a professionisti interessati e non inseriti nell’albo¹⁰¹;
- l’organo che procederà all’aggiudicazione dovrà avere una composizione di matrice prevalentemente tecnica in grado di garantirne la competenze e l’imparzialità;
- il criterio utilizzabile per l’aggiudicazione non potrà che essere quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa; i parametri di valutazione ed il loro peso ponderale dovranno essere pre-

101. L'utilizzazione dell'albo i professionisti è stata criticata, proprio sotto il profilo della trasparenza, dal giudice amministrativo che ha statuito come: *“L'Albo dei professionisti..... per l'affidamento di incarichi professionali di progettazione e direzione lavori di importo inferiore a 40.000 euro, costituisca indubbiamente un valido ed efficace serbatoio di provvista dei professionisti di volta in volta necessari per la realizzazione delle varie opere pubbliche, ma non sia ex se idoneo a dar contezza della precisa osservanza degli obblighi previsti dalla normativa regolamentare (art.62, comma 1° del D.P.R. n.554/99), che impone di dare adeguata pubblicità in ciascuna evenienza in cui debba procedersi all'affidamento dei servizi in argomento, vale a dire in occasione di ogni singolo affidamento. In effetti, la tenuta di un albo vale ad offrire, in via continuativa, all'Amministrazione una vasta platea di probabili aspiranti agli incarichi da conferire, ma non esaurisce il novero dei professionisti che possano eventualmente manifestare un precipuo interesse a candidarsi per l'affidamento di ogni, specifico incarico”, TAR Lazio Roma sez. II bis 22/9/2005 n. 7307 in www.appalticontratti.it.*

ventivamente comunicati ai concorrenti, essere proporzionati e non discriminatori ed in particolare non incentrati su criteri quali la nazionalità, la residenza;

- è necessario, inoltre, che l'amministrazione proceda a motivare la propria scelta¹⁰² ed a dare pubblicità dell'intervenuta aggiudicazione.

3.4. Le lacune dell'intervento regionale

Il novellato art. 117, 1° comma, della Costituzione impone il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario anche alle Regioni¹⁰³. La constatazione che le modifiche apportate dall'art. 24 della legge n. 62/2005 alle procedure per l'affidamento degli incarichi di progettazione scaturiscano dal recepimento delle censure sollevate dalla Commissione europea al quadro normativo previgente, induce a ritenere che queste ultime siano vincolanti anche per le Regioni. Alcune di esse hanno già avviato una rapida procedura di recepimento; di seguito se ne esamineranno le caratteristiche principali.

102. Si veda in proposito TAR Campania - Salerno, II, 30.06.2004, n. 1652 in www.Giustizia-amministrativa.it e secondo cui *"È viziato per difetto di motivazione il provvedimento che non esplica l'iter logico seguito che ha indotto l'amministrazione a conferire l'incarico professionale limitandosi ad esporre elementi generici che non danno conto della scelta operata, e ciò soprattutto con riguardo alla comparazione dei titoli esibiti dagli altri partecipanti alla gara ed alle preferenze previste dal bando di gara"*. Si veda negli stessi termini anche *id.* Napoli, II, 24.03.2005, n. 2531 e TAR Sicilia - Palermo, I, 14.03.2005, n. 377 in www.Giustizia-amministrativa.it.

103. Art. 117, 1° Cost. dispone: *"La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali"*.

La Regione **Veneto** ha regolamentato la materia dei lavori pubblici attraverso la l.r. 7.11.2003 n. 27 in vigore dal 10.01.2004, la quale è stata integrata, riguardo proprio alla specifica questione dell'affidamento degli incarichi d'importo inferiore alla soglia comunitaria, con la deliberazione della Giunta regionale del 2.8.2005, n. 2119.

L'art. 8, 1° comma, della summenzionata l.r. prevede che gli incarichi di progettazione e gli altri servizi tecnici concernenti la redazione degli studi di fattibilità e del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, nonché le attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione ed alla esecuzione dei lavori che siano d'importo inferiore alla soglia comunitaria possano essere affidati, dalle amministrazioni aggiudicatrici, con provvedimento motivato, a soggetti di propria fiducia, qualificati a termini di legge, in relazione al progetto da affidare.

Il successivo art. 9 della medesima legge regionale specifica le forme di pubblicità da rispettare per l'affidamento degli incarichi di cui sopra graduandoli, al pari della normativa statale, in tre diversi livelli a seconda del valore degli stessi ed in particolare:

- 1) servizi d'importo inferiore a 40.000,00 euro, per i quali non è prevista alcuna forma di pubblicità salvo l'obbligo di esposizione all'albo della stazione appaltante del provvedimento di incarico e la successiva trasmissione all'Osservatorio regionale degli appalti per la pubblicazione su apposito sito internet;
- 2) servizi d'importo compreso fra 40.000 e 200.000 euro per i quali le forme "semplificate" di pubblicità dovranno essere previste da un apposito regolamento regionale;
- 3) servizi d'importo superiore ai 200.000 euro per i quali trovano applicazione le forme di pubblicità previste dalla normativa comunitaria.

Come si vede, tali disposizioni si pongono in evidente contrasto con quanto previsto dalla legge comunitaria n. 62/2005 e quindi dalla nor-

mativa europea; la legge regionale veneta, infatti, prevede ancora l'affidamento fiduciario degli incarichi di progettazione d'importo inferiore ai 40.000 euro e non contempla alcuna forma di pubblicità, se non quella postuma all'intervenuta aggiudicazione.

La successiva delibera G.R. n. 2119/2005, ha recepito formalmente i principi di matrice comunitaria della parità di trattamento, della non discriminazione, della proporzionalità e della trasparenza, senza peraltro prevederne una adeguata applicazione.

La delibera infatti di limita a distinguere gli incarichi d'importo inferiore alla soglia comunitaria *singoli e multipli*. A loro volta i primi sono distinti fra:

- 1) incarichi di importo inferiore ai 40.000 euro, per i quali l'onere della pubblicità è assolto mediante pubblicazione dell'avvenuto affidamento dell'incarico o nel sito internet della Regione ovvero nell'albo della stazione appaltante;
- 2) per gli incarichi d'importo compreso, invece, fra i 40.000 euro ed i 200.000euro, fino all'emanazione del regolamento regionale previsto dall'art. 9, 2° comma, della l.r. n. 27/2003, gli oneri pubblicitari potranno considerarsi assolti mediante pubblicazione dell'avviso dell'esigenza di acquisire la prestazione professionale e del successivo provvedimento di conferimento dell'incarico.

Per quanto riguarda, invece, gli interventi *multipli*, la delibera regionale distingue a sua volta tra:

- 1) lavori di competenza regionale, per i quali l'onere della pubblicità, per le attività professionali individuate con Decreto del Dirigente regionale della Direzione lavori pubblici n. 59 del 2.3.2004, impone il ricorso all'elenco dei consulenti e dei prestatori di servizi ancorato all'elenco annuale dei lavori pubblici, nell'ambito del quale il singolo professionista incaricato è selezionato mediante il criterio della rotazione;

- 2) lavori di interesse regionale per i quali possono essere utilizzate, in via analoga, le forme di pubblicità previste per i lavori di competenza regionale con l'unica differenza che l'elenco dei professionisti ancorato all'elenco annuale sarà formato direttamente dai soggetti chiamati a realizzare i predetti lavori. In alternativa le amministrazioni potranno fare riferimento, qualora ritengano eccessivamente gravoso costituire e gestire l'elenco, all'elenco regionale dei consulenti. Resta ferma - precisa la delibera in esame - in merito agli incarichi in questione *“la possibilità di procedere previa pubblicazione di avviso dell'esigenza di acquisire la prestazione professionale in relazione ai singoli incarichi da affidare”*.

Le forme di affidamento degli incarichi di progettazione “sotto soglia” previste dal legislatore veneto non risultano conformi ai contenuti dei principi previsti dalla legge n. 62/2005.

Anche dopo la nuova delibera, per gli interventi singoli d'importo inferiore ai 40.000 euro è prevista una pubblicità solo successiva l'affidamento dell'incarico; tale pubblicità se da un lato può far salva la facoltà del soggetto pretermesso e/o comunque interessato, di adire la competente Autorità giudiziaria al fine di riscontrare eventuali illegittimità e/o illiceità del provvedimento, certamente non garantisce il rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione. È pur vero che la procedura delineata dalla normativa veneta risponde ad una esigenza di semplificazione e quindi di economicità dell'azione amministrativa; è ovvio però che la semplificazione dell'azione amministrativa non può mai giustificare la mancata applicazione - pressoché totale in questo caso - dei principi di trasparenza e di non discriminazione.

Come rilevato in sede di definizione del contenuto dei predetti principi, la trasparenza impone non solamente la pubblicità dell'intervenuta aggiudicazione, ma anche dell'intera procedura di aggiudicazione, dalla

definizione dei requisiti di partecipazione ed aggiudicazione fino all'affidamento dell'incarico. Si è visto, anche, come tali principi, nell'ottica dell'interpretazione della giurisprudenza, impongano all'amministrazione procedente "*...di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercé l'utilizzo di procedure competitive selettive*"¹⁰⁴.

Per quanto concerne, invece, gli incarichi multipli di competenza e/o di interesse regionale, il regolamento prevede il ricorso ai consulenti inseriti in un elenco gestito dalla Regione selezionati in base al criterio della rotazione degli incarichi, al fine di garantire la parità di trattamento. La circostanza che il numero degli incarichi da affidare sia molto elevato, tanto da rendere particolarmente gravoso il ricorso alla preventiva pubblicazione di avviso, giustificherebbe la - comunque peculiare - modalità di affidamento.

In verità, come detto sopra, il principio di non discriminazione impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe a meno che non ricorrano nel caso concreto situazioni oggettive che giustifichino siffatta diversità¹⁰⁵; è parimenti vietata quella condotta che seppur apparentemente rispettosa del principio in esame conduca, sostanzialmente, alle medesime pregiudizievoli conseguenze seppur facendo riferimento ad altro presupposto giustificativo¹⁰⁶. Sulla base di tale giurisprudenza, la regola regionale del Veneto risulta essere discriminatoria non tanto per il ricorso alla "turnazione", quanto per il fatto che tale turnazione è circoscritta ai soggetti iscritti in un elenco a tenuta regionale. Tale norma ren-

104. Così Cons. St., IV, 17.01.2002, n. 253 in www.giustizia-amministrativa.it.

105. In questi termini Corte di Giustizia Ce, sent. 08.10.1980 C-810/79 *Uberschar*.

106. Così Corte Giustizia Ce, sent. 13.07.1993, C-330/91 *Commerzbank*.

de di fatto più gravosa la partecipazione alle gare di soggetti non residenti in Veneto, stridendo con i principi sottesi alla libertà di prestazione e di stabilimento.

Si può quindi concludere che la procedura delineata dal legislatore veneto non è sicuramente conforme ai principi stabiliti dall'art. 24 della legge n. 62/2005; va, però, sottolineato che sarebbe sufficiente una modifica di scarso impatto letterale, ma di grande importanza sostanziale, al fine di legittimare il sistema predisposto del legislatore regionale. Tale modifica dovrebbe trasformare in vincolante ed obbligatorio quello che attualmente è definito come solo possibile, ed ossia la pubblicazione da parte dell'amministrazione di un avviso preventivo circa la necessità di acquisire una determinata prestazione professionale.

Per quanto concerne La Regione **Friuli Venezia Giulia**¹⁰⁷ la materia è disciplinata dalla l.r. 27, del 7.11.2003 il cui art. 9, al 9° comma disciplina le modalità di affidamento degli incarichi di progettazione d'importo inferiore alla soglia comunitaria¹⁰⁸ prevedendo alternativamente le seguenti procedure:

- a) mediante gara a evidenza pubblica, qualora il valore di stima del servizio richiesto sia compreso tra euro 40.000 e la soglia comunitaria, imposta sul valore aggiunto (IVA) esclusa;
- b) con il metodo della trattativa privata, previo esperimento di gara ufficiosa tra un numero di candidati non inferiore a cinque;
- c) con incarico fiduciario dell'amministratore, legale rappresentante della stazione appaltante;

107. Per un caso precedente di procedura di infrazione si veda BOMBI, MARILISA *Anticipi di federalismo: quando la legge regionale contrasta con quella nazionale e comunitaria. Il cattivo esempio del Friuli-Venezia Giulia*. in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 2003, fasc. 1, pagg. 217-228

108. Per la quale è prevista l'applicazione del D.Lgs. n. 157/1995.

- d) con incarico fiduciario del responsabile unico del procedimento a liberi professionisti singoli o associati e a società di professionisti, nel caso di progettazione il cui importo stimato sia inferiore a euro 100.000.

La possibilità offerta dal legislatore regionale alle amministrazioni di ricorrere a procedure alternative, non riduce l'illegittimità delle modalità di cui alle lettere *c* (incarico fiduciario da parte dell'amministratore) e *d* (incarico fiduciario da parte del r.u.p.); in particolare, rispetto a quest'ultima, l'ipotesi di cui alla lettera *c* presenta l'aggravante di attribuire l'affidamento di un incarico tecnico ad un soggetto (legale rappresentante) che non necessariamente deve disporre delle competenze necessarie per gestire adeguatamente tali tipi di incarichi.

La lesione dei principi comunitari, nelle ipotesi prospettate, è evidente in quanto difettano del tutto misure procedurale a tutela della trasparenza e della *par condicio*, fino al punto da legittimare l'adozione, da parte della Commissione europea, di una specifica procedura di infrazione¹⁰⁹.

Perplessità, seppur di rilevanza inferiore, solleva anche la procedura ristretta di cui alla lett. *b* (trattativa privata previo esperimento di gara non ufficiosa); si tratta, infatti, di una procedura che, per le sue peculiari caratteristiche ha un ambito di operatività circoscritto e speciale e che mal si presta ad applicazioni generalizzate.

Anche la **Valle d'Aosta** è intervenuta sulla materia con la recente l.r. 5.8.2005, n. 19 che ha modificato ed integrato la l.r. 20.06.1996, n. 12 recante *legge regionale in materia di lavori pubblici*.

109. In proposito si veda A. PACCES in *Ed. Terr.* 12-17 settembre 2005, in particolare pag. 2.

In particolare è l'art. 21 di tale legge regionale a regolamentare l'affidamento degli incarichi di progettazione d'importo inferiore alla soglia comunitaria; l'articolo dispone che per tali servizi gli enti o le amministrazioni aggiudicatrici sono tenuti a pubblicare un avviso (ovvero un bando o un atto regolamentare) anteriormente all'atto dell'affidamento, nel quale indicare i requisiti minimi di esperienza professionale (desumibili dal curriculum) richiesti ai concorrenti, nonché i criteri di valutazione e gli elementi preferenziali proporzionati alla complessità ed al valore economico dell'incarico. Le amministrazioni aggiudicatrici devono altresì applicare un criterio di rotazione qualora, nel corso di un anno, affidino servizi di ingegneria ed architettura per un importo pari a 750.000 euro.

La legge regionale della Valle d'Aosta introduce, altresì, una ulteriore fascia di incarichi di importo pari o inferiore al 20% della soglia comunitaria¹¹⁰; tali incarichi possono essere oggetto di affidamento previa pubblicazione di un avviso avente i contenuti minimi di cui sopra e nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Rispetto alle altre leggi esaminate, quella della Valle d'Aosta è sicuramente più rispettosa dei principi statuiti dalla normativa comunitaria prevedendo, anche per gli appalti di "terzo livello", la pubblicazione anteriore di un avviso contenente gli elementi oggetto di valutazione ed i requisiti minimi di esperienza professionale richiesti. Alcune perplessità sollevano, però, le modalità di pubblicità dell'avviso; esso deve infatti essere affisso in "*apposita bacheca per cinque giorni lavorativi e consecutivi*". Le perplessità attengono alla mancata definizione di "*apposita bacheca*",

110. Attualmente corrispondenti a 47.390 euro (20% della soglia comunitaria).

all'esiguità del periodo di affissione previsto (cinque giorni, ancorché lavorativi¹¹¹, sembrano pochi per garantire la l'ampia partecipazione richiesta dai principi comunitari)¹¹² ed alla mancata previsione di una comunicazione circa l'avvenuta aggiudicazione dell'incarico.

Anche la Regione **Puglia** è intervenuta sulla materia con la l.r. 11.05.2001, n. 13 recante "*Norme regionali in materia di opere e lavori pubblici*" il cui art. 12, comma 3 come sostituito dall'art. 34, comma c. 1, lett. d), l.r. 4 agosto 2004, n. 14 a decorrere dal 6 agosto 2004, dispone che: "*per gli incarichi di progettazione il cui importo stimato è inferiore a euro 100 mila, le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento diretto degli stessi ai soggetti di loro fiducia indicati al comma 1, previa verifica dell'esperienza e della capacità professionale, motivando la scelta in relazione al progetto da affidare*"¹¹³.

Nella sua genericità la norma pugliese richiama la normativa statale ed inevitabilmente ne presenta le carenze censurate dalla Commissione europea, anche se in essa è prevista la verifica dei requisiti in capo ai

111. E dunque in genere elevabili a sette giorni effettivi.

112. Si pensi, ad esempio, ai professionisti residenti in un diverso Stato membro.

113. Dispone il 1° comma dell'art. 12 che: *Le prestazioni relative alla progettazione, direzione dei lavori, nonché a incarichi di natura tecnico-amministrativa di supporto al responsabile unico del procedimento e al dirigente competente per la redazione del programma triennale, per le opere pubbliche di cui alla presente legge, sono espletate dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti. In caso di carenza in organico di personale tecnico o di difficoltà di rispettare i tempi della programmazione dei lavori, ovvero di lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale, casi che devono essere accertati e certificati dal responsabile del procedimento, le prestazioni suddette possono essere affidate a liberi professionisti, società di professionisti o società di ingegneria, singoli o raggruppati temporaneamente secondo le modalità riportate al comma 2 e seguenti. Qualora la prestazione riguardi la progettazione di lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo nonché tecnologico, le stazioni appaltanti valutano in via prioritaria l'opportunità di applicare la procedura del concorso di progettazione o del concorso di idee.*

concorrenti e la motivazione dell'affidamento dell'incarico. Resta fermo il fatto che l'illegittimità dell'affidamento fiduciario, già di per sé evidente, è ulteriormente aggravata nel caso della legge pugliese dall'assenza di qualsivoglia forma di pubblicità anteriore e successiva l'affidamento dell'incarico.

Per quanto concerne la Regione **Sicilia**, l'art. 17, 11° comma, della legge n. 109/1994, sì come modificato dall'art. 11 della l.r. n. 7/2002, dispone che: *“per gli incarichi relativi alle prestazioni di cui al comma 1¹¹⁴ il cui importo stimato sia inferiore a 100.000 euro, IVA esclusa, le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento a professionisti singoli o associati di loro fiducia”*; mentre il successivo 13° comma, precisa che *“ciascun ente non può affidare nel corso dell'anno solare allo stesso professionista incarichi fiduciari che cumulativamente eccedano l'importo di 100.000 euro, IVA esclusa”*.

Quest'ultima limitazione, ispirata ai principi della libera concorrenza non è in grado di sopperire alle lacune della disposizione normativa citata che, in sostanza, possono ritenersi analoghe a quelle viste per la normativa statale alla quale la legge siciliana sostanzialmente si riporta. Difatti con la recente L.r. 29.11.2005, n. 16¹¹⁵ recante *“modifiche ed integrazioni*

114. Ai sensi dell'art. 11, 1° comma, l.r. n. 7/2002, poi, trasfuso nel testo coordinato di cui alla legge n. 109/1994: *Le prestazioni relative alle attività di studio, rilievi ed indagini connesse, progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva nonché alla direzione dei lavori, alle funzioni dei responsabili della sicurezza, ed agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile unico del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale di cui all'articolo 14, e a tutte le attività di cui alle categorie 11 e 12 dell'allegato 1A del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 e successive modifiche ed integrazioni, comprese le prestazioni professionali dei geologi.....”*. Si noti che, rispetto al testo nazionale dell'art. 17, la versione regionale introduce i servizi di cui alle categorie 11) (servizi economici) e 12) (servizi di ingegneria ed architettura) dell'allegato I del D.Lgs. n. 157/1995.

alla normativa regionale in materia di appalti", la Regione è intervenuta nel tentativo di adattare alle prescrizioni comunitarie il proprio quadro normativo regionale.

In tale contesto l'art. 1 della citata l.r. ha modificato il comma 11 dell'art. 17 della legge n. 109/1994, come introdotto dalla l.r. n. 7/2002 e successive modifiche, che attualmente statuisce: *"per gli incarichi relativi alle prestazioni di cui al comma 1, il cui importo stimato sia inferiore a 100.000 Euro, iva esclusa, le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento a professionisti singoli o associati, di loro fiducia, ferma restando l'effettiva competenza nel settore, oggettivamente ricavabile dai curricula vitae, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza"*.

La normativa siciliana appare la più coerente, fra le norme esaminate, rispetto all'impostazione europea per quanto essa non si arrischi a dettagliare i contenuti dei principi, ma si limiti a delineare un *modus procedendi* ancorato alla fiduciarità dell'affidamento nonché ad un criterio di qualificazione dei concorrenti incentrato sul dato oggettivo scaturente dai *curricula vitae*. È sicuramente meritevole lo sforzo di fornire, alle varie amministrazioni aggiudicatrici o soggetti aggiudicatori, uno schema operativo da seguire, ma non potrebbe che sollevare dubbi il riferimento generalizzato alla fiduciarità dell'affidamento.

Senza voler approfondire la differenza eventualmente corrente fra procedura negoziata ed affidamento fiduciario, preme sottolineare che postularne la fiduciarità vuol dire rendere difficilmente compatibile l'affidamento con i principi concorrenziali della trasparenza, della massima partecipazione e parità di trattamento, con tutte le conseguenze (in termini di censure da parte della Commissione europea) che potrebbero derivarne.

115. Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale Regione Sicilia del 2.12.2005 n. 52.

3.5. Gli incarichi del D.lgs. n. 190/2002

L'affidamento degli appalti e/o delle concessioni aventi ad oggetto la realizzazione delle opere pubbliche "strategiche" è disciplinato dal d.lgs. 20.08.2002, n. 190 recentemente integrato, proprio per quanto concerne l'attività di progettazione, dal D.Lgs. 17.08.2005, n. 189 recante *"Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190 in materia di redazione ed approvazione dei progetti e delle varianti, nonché di risoluzione delle interferenze per le opere strategiche di preminente interesse nazionale"*.

In particolare l'art. 1 di tale ultimo Decreto, introducendo l'art. 2 bis al D.Lgs. n. 190/2002 prevede che: *"i servizi di ammontare inferiore alla soglia comunitaria sono affidati nel rispetto dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità ed imparzialità imposti dall'osservanza del Trattato U.E."*.

Rispetto alla formulazione di cui all'art. 24, 5° comma, della legge n. 62/2005, la norma è integrata con il riferimento all'osservanza del Trattato U.E. che, considerando quanto detto sopra, potrebbe voler manifestare l'intenzione del Governo di limitare gli effetti della discrezionalità della pubblica amministrazione nella determinazione del contenuto dei principi, imponendo alla stessa di relazionarsi comunque al "diritto vivente" europeo.

Si tratta di un rimedio di per se stesso insufficiente a sanare le carenze sopra palesate, tanto più in considerazione del fatto che, diversamente dal regime ordinario di cui all'art. 17 della legge n. 109/1994, nel regime "speciale" delle infrastrutture strategiche l'affidamento diretto "ispirato" ai principi di derivazione U.E. è esteso agli incarichi d'importo inferiore alla soglia comunitaria, pari a 200.000 euro e non a 100.000 euro come nel regime "ordinario". Visto l'elevato valore economico di tali incarichi, sarebbe stato più opportuno vincolare la discrezionalità della pubblica amministrazione con disposizioni più dettagliate e stringenti.

Allegati

Il testo aggiornato degli articoli della Legge 109/94 trattati (*)

Art. 8 della legge 11.02.1994, n. 109

1. Al fine di assicurare il conseguimento degli obiettivi di cui all'articolo 1, comma 1, i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati ed improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza. Allo stesso fine i prodotti, i processi, i servizi e i sistemi di qualità aziendali impiegati dai medesimi soggetti sono sottoposti a certificazione, ai sensi della normativa vigente.

2. Con apposito regolamento, da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1998, n. 400, su proposta del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato e con il Ministro per i beni culturali e ambientali, sentito il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, è istituito, tenendo conto della normativa vigente in materia, un sistema di qualificazione, unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di cui all'articolo 2, comma 1, di importo superiore a 150.000 euro, articolato in rapporto alle tipologie ed all'importo dei lavori stessi

(*) Le modifiche sono riportate in corsivo.

3. Il sistema di qualificazione è attuato da organismi di diritto privato di attestazione, appositamente autorizzati dall'Autorità di cui all'articolo 4, sentita un'apposita commissione consultiva istituita presso l'Autorità medesima. Alle spese di finanziamento della commissione consultiva si provvede a carico del bilancio dell'Autorità, nei limiti delle risorse disponibili. Agli organismi di attestazione è demandato il compito di attestare l'esistenza nei soggetti qualificati di:

- a) certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000;
- b) dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità rilasciata dai soggetti di cui alla lettera a);
- c) i requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione .

4. Il regolamento di cui al comma 2 definisce in particolare:

- a) il numero e le modalità di nomina dei componenti la commissione consultiva di cui al comma 3, che deve essere composta da rappresentanti delle amministrazioni interessate dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, della Conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome, delle organizzazioni imprenditoriali firmatarie di contratti collettivi nazionali di lavoro di settore e degli organismi di rappresentanza, dei lavoratori interessati;
- b) le modalità e i criteri di autorizzazione e di eventuale revoca nei confronti degli organismi di attestazione, nonché i requisiti soggettivi, organizzativi, finanziari e tecnici che i predetti organismi devono possedere;
- c) le modalità di attestazione dell'esistenza nei soggetti qualificati della certificazione del sistema di qualità o della dichiarazione della presenza di elementi del sistema di qualità, di cui al comma 3, lettere a) e b), e dei

requisiti di cui al comma 3, lettera c), nonché le modalità per l'eventuale verifica annuale dei predetti requisiti relativamente ai dati di bilancio;

d) i requisiti di ordine generale ed i requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari di cui al comma 3, lettera c), con le relative misure in rapporto all'entità e alla tipologia dei lavori, tenuto conto di quanto disposto in attuazione dell'articolo 9, commi 2 e 3. Vanno definiti, tra i suddetti requisiti, anche quelli relativi alla regolarità contributiva e contrattuale, ivi compresi i versamenti alle casse edili;

e) la facoltà ed il successivo obbligo per le stazioni appaltanti, graduati in un periodo non superiore a cinque anni ed in rapporto alla tipologia dei lavori nonché agli oggetti dei contratti, di richiedere il possesso della certificazione del sistema di qualità o della dichiarazione della presenza di elementi del sistema di qualità di cui al comma 3, lettere a) e b). La facoltà ed il successivo obbligo per le stazioni appaltanti di richiedere la certificazione di qualità non potranno comunque essere previsti per lavori di importo inferiore a 500.000 ECU ;

f) i criteri per la determinazione delle tariffe applicabili all'attività di qualificazione;

g) le modalità di verifica della qualificazione. Fatto salvo quanto specificatamente previsto con riferimento alla qualificazione relativa alla categoria dei lavori di restauro e manutenzione dei beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici di beni sottoposte alle disposizioni di tutela del citato testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, ottenute antecedentemente alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 11-sexies ovvero nelle more di efficacia dello stesso, la durata dell'efficacia della qualificazione e di cinque anni, con verifica entro il terzo anno del mantenimento dei requisiti di ordine generale nonché dei requisiti di capacità strutturale da indicare nel regolamento.

La verifica di mantenimento sarà tariffata proporzionalmente alla tariffa di attestazione in misura non superiore ai 3/5 della stessa.

h) la formazione di elenchi, su base regionale, dei soggetti che hanno conseguito la qualificazione di cui al comma 3; tali elenchi sono redatti e conservati presso l'Autorità, che ne assicura la pubblicità per il tramite dell'Osservatorio dei lavori pubblici di cui all'articolo 4.

6. Il regolamento di cui al comma 2 disciplina le modalità dell'esercizio, da parte dell'Ispettorato generale per l'Albo nazionale dei costruttori e per i contratti di cui al sesto comma dell'articolo 6 della legge 10 febbraio 1962, n. 57, delle competenze già attribuite al predetto ufficio e non sopresse ai sensi del presente articolo.

7. Fino al 31 dicembre 1999, il Comitato centrale dell'Albo nazionale dei costruttori dispone la sospensione da tre a sei mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici nei casi previsti dall'articolo 24, primo comma, della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993. Resta fermo quanto previsto dalla vigente disciplina antimafia ed in materia di misure di prevenzione. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui al primo periodo, sono abrogate le norme incompatibili relative alla sospensione e alla cancellazione dall'Albo di cui alla legge 10 febbraio 1962, n. 57, e sono inefficaci i procedimenti iniziati in base alla normativa previgente. A decorrere dal 1° gennaio 2000, all'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici provvedono direttamente le stazioni appaltanti, sulla base dei medesimi criteri.

8. A decorrere dal 1° gennaio 2000, i lavori pubblici possono essere eseguiti esclusivamente da soggetti qualificati ai sensi dei commi 2 e 3 del presente articolo, e non esclusi ai sensi del comma 7 del presente articolo. Con effetto dalla data di entrata in vigore della presente legge, è vietata, per l'affidamento di lavori pubblici, l'utilizzazione degli albi speciali o di fiducia predisposti dai soggetti di cui all'articolo 2.

9. A decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2 e sino al 31 dicembre 1999, l'esistenza dei requisiti di cui alla lettera c) del comma 3 è accertata in base al certificato di iscrizione all'Albo nazionale dei costruttori per le imprese nazionali o, per le imprese dei Paesi appartenenti alla Comunità europea, in base alla certificazione, prodotta secondo le normative vigenti nei rispettivi Paesi, del possesso dei requisiti prescritti per la partecipazione delle imprese italiane alle gare .

10. A decorrere dal 1° gennaio 2000, è abrogata la legge 10 febbraio 1962, n. 57. Restano ferme le disposizioni di cui alla legge 19 marzo 1990, n. 55, e successive modificazioni.

11. A decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 3 dell'articolo 9 e fino al 31 dicembre 1999, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento e di aggiudicazione dei lavori pubblici di cui alla presente legge, l'iscrizione all'Albo nazionale dei costruttori avviene ai sensi della legge 10 febbraio 1962, n. 57, e successive modificazioni e integrazioni, e della legge 15 novembre 1986, n. 768, e sulla base dei requisiti di iscrizione come rideterminati ai sensi del medesimo comma 3 dell'articolo 9 .

11-bis. Le imprese dei Paesi appartenenti all'Unione europea partecipano alle procedure per l'affidamento di appalti di lavori pubblici in base alla documentazione, prodotta secondo le normative vigenti nei rispettivi Paesi, del possesso di tutti i requisiti prescritti per la partecipazione delle imprese italiane alle gare .

11-ter. Il regolamento di cui all'articolo 3, comma 2, stabilisce gli specifici requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi che devono possedere i candidati ad una concessione di lavori pubblici che non intendano eseguire i lavori con la propria organizzazione di impresa. Fino alla data di entrata in vigore del suddetto regolamento i requisiti e le relative misure sono stabiliti dalle amministrazioni aggiudicatrici.

11-quater. Le imprese alle quali venga rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000, la certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000 ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema, usufruiscono del beneficio che la cauzione e la garanzia fidejussoria, previste rispettivamente dal comma 1 e dal comma 2 dell'articolo 30 della presente legge, sono ridotte, per le imprese certificate, del 50 per cento.

11-quinquies. Il regolamento di cui al comma 2 stabilisce quali requisiti di ordine generale, organizzativo e tecnico debbano possedere le imprese per essere affidatarie di lavori pubblici di importo inferiore a 150.000 ECU.

11-sexies.

11-septies. Nel caso di forniture e servizi, i lavori, ancorché accessori e di rilievo economico inferiore al 50 per cento, devono essere eseguiti esclusivamente da soggetti qualificati ai sensi del presente articolo.

Art. 17 della legge 11.02.1994, n. 109

1. Le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva nonché alla direzione dei lavori ed agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile unico del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale di cui all'articolo 14, sono espletate:

a) dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti;

b) dagli uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori che i comuni, i rispettivi consorzi e unioni, le comunità montane, le aziende unità sanitarie locali, i consorzi, gli enti di industrializzazione e gli enti di

bonifica possono costituire con le modalità di cui agli articoli 24, 25 e 26 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e successive modificazioni;

c) dagli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole amministrazioni aggiudicatrici possono avvalersi per legge;

d) da liberi professionisti singoli od associati nelle forme di cui all'articolo 23 novembre 1939, n. 1815, e successive modificazioni, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa;

e) dalle società di professionisti di cui al comma 6, lettera a);

f) dalle società di ingegneria di cui al comma 6, lettera b);

g) da raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere d), e) ed f), ai quali si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13 in quanto compatibili .

g-bis) da consorzi stabili di società di professionisti di cui al comma 6, lettera a), e di società di ingegneria di cui al comma 6, lettera b), anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nel settore dei servizi di ingegneria e architettura, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, e che abbiano deciso di operare in modo congiunto secondo le previsioni del comma 1 dell'articolo 12. E' vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile. Ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse, il fatturato globale in servizi di ingegneria e architettura realizzato da ciascuna società consorziata nel quinquennio o nel decennio precedente è incrementato secondo quanto stabilito dall'articolo 12, comma 8-bis, della presente legge; ai consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria si applicano altresì le disposizioni di cui ai commi 4, 5, 6 e 7 del predetto articolo 12;

2. I progetti redatti dai soggetti di cui al comma 1, lettere a) b) e c), sono firmati da dipendenti delle amministrazioni abilitati all'esercizio della professione. I tecnici diplomati, in assenza dell'abilitazione, possono firmare i progetti, nei limiti previsti dagli ordinamenti professionali, qualora siano in servizio presso l'amministrazione aggiudicatrice, ovvero abbiano ricoperto analogo incarico presso un'altra amministrazione aggiudicatrice, da almeno cinque anni e risultino inquadrati in un profilo professionale tecnico ed abbiano svolto o collaborato ad attività di progettazione .

3. Il regolamento definisce i limiti e le modalità per la stipulazione, per intero a carico delle amministrazioni aggiudicatrici, di polizze assicurative per la copertura dei rischi di natura professionale a favore dei dipendenti incaricati della progettazione. Nel caso di affidamento della progettazione a soggetti esterni, la stipulazione è a carico dei soggetti stessi .

4. La redazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, nonché lo svolgimento di attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione, in caso di carenza in organico di personale tecnico nelle stazioni appaltanti, ovvero di difficoltà di rispettare i tempi della programmazione dei lavori o di svolgere le funzioni di istituto, ovvero in caso di lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale o in caso di necessità di predisporre progetti integrali, così come definiti dal regolamento, che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze, casi che devono essere accertati e certificati dal responsabile del procedimento, possono essere affidati ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e) f) e g).

5. Il regolamento dei lavori per l'attività del Genio militare di cui all'articolo 3, comma 7-bis, indica i soggetti abilitati alla firma dei progetti .

6. Si intendono per :

a) società di professionisti le società costituite esclusivamente tra

professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, nelle forme delle società di persone di cui ai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto del codice civile ovvero nella forma di società cooperativa di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale. I soci delle società agli effetti previdenziali sono assimilati ai professionisti che svolgono l'attività in forma associata ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1815. Ai corrispettivi delle società si applica il contributo integrativo previsto dalle norme che disciplinano le rispettive Casse di previdenza di categoria cui ciascun firmatario del progetto fa riferimento in forza della iscrizione obbligatoria al relativo albo professionale. Detto contributo dovrà essere versato pro quota alle rispettive Casse secondo gli ordinamenti statutarî e i regolamenti vigenti;

b) società di ingegneria le società di capitali di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro quinto del codice civile, ovvero nella forma di società cooperative di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile che non abbiano i requisiti di cui alla lettera a) che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale. Ai corrispettivi relativi alle predette attività professionali si applica il contributo integrativo qualora previsto dalle norme legislative che regolano la Cassa di previdenza di categoria cui ciascun firmatario del progetto fa riferimento in forza della iscrizione obbligatoria al relativo albo professionale. Detto contributo dovrà essere versato pro quota alle rispettive Casse secondo gli ordinamenti statutarî e i regolamenti vigenti.

7. Il regolamento stabilisce i requisiti organizzativi e tecnici che devono possedere le società di cui al comma 6 del presente articolo. Fino

all'entrata in vigore del regolamento, le società di cui al predetto comma 6, lettera b), devono disporre di uno o più direttori tecnici, aventi titolo professionale di ingegnere o di architetto o laureato in una disciplina tecnica attinente alla attività prevalente svolta dalla società, iscritti al relativo albo da almeno dieci anni con funzioni di collaborazione alla definizione degli indirizzi strategici della società, di collaborazione e controllo sulle prestazioni svolte dai tecnici incaricati della progettazione, in relazione alle quali controfirmano gli elaborati.

8. Indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario dell'incarico di cui ai commi 4 e 14, lo stesso deve essere espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali. Deve inoltre essere indicata, sempre nell'offerta, la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche. Il regolamento definisce le modalità per promuovere la presenza anche di giovani professionisti nei gruppi concorrenti ai bandi per l'aggiudicazione. All'atto dell'affidamento dell'incarico deve essere dimostrata la regolarità contributiva del soggetto affidatario.

9. Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico ed ai loro dipendenti,

nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione ed ai loro dipendenti .

10. Per l'affidamento di incarichi di progettazione di importo pari o superiore alla soglia di applicazione della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici di servizi, si applicano le disposizioni di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, e successive modificazioni, ovvero, per i soggetti tenuti all'applicazione del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, e successive modificazioni, le disposizioni ivi previste.

11. *Per l'affidamento di incarichi di progettazione il cui importo stimato sia compreso tra 100.000 euro e la soglia di applicazione della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici di servizi, il regolamento disciplina le modalità di aggiudicazione che le stazioni appaltanti devono rispettare, in alternativa alla procedura del pubblico incanto, in modo che sia assicurata adeguata pubblicità agli stessi e siano contemperati i principi generali della trasparenza e del buon andamento con l'esigenza di garantire la proporzionalità tra le modalità procedurali e il corrispettivo dell'incarico.*

12. *Per l'affidamento di incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori il cui importo stimato sia inferiore a 100.000 euro, le stazioni appaltanti, per il tramite del responsabile del procedimento, possono procedere all'affidamento ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) e g), nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza .*

12-bis. Le stazioni appaltanti non possono subordinare la corresponsione dei compensi relativi allo svolgimento della progettazione e delle attività tecnico-amministrative ad essa connesse all'ottenimento del finanziamento dell'opera progettata. Nella convenzione stipulata fra stazione appaltante e progettista incaricato sono previste le condizioni e le modalità per il pagamento dei corrispettivi con riferimento a quanto previsto dagli articoli 9 e 10 della legge 2 marzo 1949, n. 143, e successive modificazioni. Ai fini dell'individuazione dell'importo stimato il conteg-

gio deve ricomprendere tutti i servizi, ivi compresa la direzione dei lavori qualora si intenda affidarla allo stesso progettista esterno .

12-ter. Il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, determina, con proprio decreto, le tabelle dei corrispettivi delle attività che possono essere espletate dai soggetti di cui al comma 1 del presente articolo, tenendo conto delle tariffe previste per le categorie professionali interessate. I corrispettivi sono minimi inderogabili ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340. Ogni patto contrario è nullo. Fino all'emanazione del decreto continua ad applicarsi quanto previsto nel decreto del Ministro della giustizia del 4 aprile 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 96 del 26 aprile 2001.

13. Quando la prestazione riguardi la progettazione di lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo, nonché tecnologico, le stazioni appaltanti valutano in via prioritaria la opportunità di applicare la procedura del concorso di progettazione o del concorso di idee. A tali concorsi si applicano le disposizioni in materia di pubblicità previste dai commi 10 e 12.

14. Nel caso in cui il valore delle attività di progettazione e direzione lavori superi complessivamente la soglia di applicazione della direttiva comunitaria in materia, l'affidamento diretto della direzione dei lavori al progettista è consentito soltanto ove espressamente previsto dal bando di gara della progettazione.

14-bis. I corrispettivi delle attività di progettazione sono calcolati, ai fini della determinazione dell'importo da porre a base dell'affidamento, applicando le aliquote che il Ministro di grazia e giustizia, di concerto con il Ministro dei lavori pubblici, determina, con proprio decreto, ripartendo in tre aliquote percentuali la somma delle aliquote attualmente fissate, per

i livelli di progettazione, dalle tariffe in vigore per i medesimi livelli. Con lo stesso decreto sono rideterminate le tabelle dei corrispettivi a percentuale relativi alle diverse categorie di lavori, anche in relazione ai nuovi oneri finanziari assicurativi, e la percentuale per il pagamento dei corrispettivi per le attività di supporto di cui all'articolo 7, comma 5, nonché le attività del responsabile di progetto e le attività dei coordinatori in materia di sicurezza introdotti dal decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494

14-ter. Fino all'emanazione del decreto di cui al comma 14-bis, continuano ad applicarsi le tariffe professionali in vigore. Per la progettazione preliminare si applica l'aliquota fissata per il progetto di massima e per il preventivo sommario; per la progettazione definitiva si applica l'aliquota fissata per il progetto esecutivo; per la progettazione esecutiva si applicano le aliquote fissate per il preventivo particolareggiato, per i particolari costruttivi e per i capitolati e i contratti .

14-quater. I corrispettivi determinati dal decreto di cui al comma 14-bis nonché ai sensi del comma 14-ter del presente articolo, fatto salvo quanto previsto dal comma 12-bis dell'articolo 4 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155, sono minimi inderogabili ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340. Ogni patto contrario è nullo .

14-quinquies. In tutti gli affidamenti di cui al presente articolo l'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per le attività relative alle indagini geologiche, geotecniche e sismiche, a sondaggi, a rilievi, a misurazioni e picchettazioni, alla predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con l'esclusione delle relazioni geologiche , nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali. Resta comunque impregiudicata la responsabilità del progettista.

14-sexies. Le progettazioni definitiva ed esecutiva sono di norma af-

fidate al medesimo soggetto, pubblico o privato, salvo che in senso contrario sussistano particolari ragioni, accertate dal responsabile del procedimento. In tal caso occorre l'accettazione, da parte del nuovo progettista, dell'attività progettuale precedentemente svolta. L'affidamento può ricomprendere entrambi i livelli di progettazione, fermo restando che l'avvio di quello esecutivo resta sospensivamente condizionato alla determinazione delle stazioni appaltanti sulla progettazione definitiva .

14-septies. I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, lettera b), operanti nei settori di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, possono affidare le progettazioni, nonché le connesse attività tecnico-amministrative per lo svolgimento delle procedure per l'affidamento e la realizzazione dei lavori di loro interesse, direttamente a società di ingegneria di cui al comma 1, lettera f), che siano da essi stessi controllate, purché almeno l'ottanta per cento della cifra d'affari media realizzata dalle predette società nella Unione europea negli ultimi tre anni derivi dalla prestazione di servizi al soggetto da cui esse sono controllate. Le situazioni di controllo si determinano ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile.

Art. 37-bis della legge 11.2.1994, n. 109

1. I soggetti di cui al comma 2, di seguito denominati "promotori", possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale di cui all'articolo 14, comma 2, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, tramite contratti di concessione, di cui all'articolo 19, comma 2, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi. Le proposte sono presentate entro il 30

giugno di ogni anno oppure, nel caso in cui entro tale scadenza non siano state presentate proposte per il medesimo intervento, entro il 31 dicembre. Le proposte devono contenere uno studio di inquadramento territoriale e ambientale, uno studio di fattibilità, un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione nonché l'indicazione degli elementi di cui all'articolo 21, comma 2, lettera b), e delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice; il regolamento detta indicazioni per chiarire ed agevolare le attività di asseverazione. Le proposte devono inoltre indicare l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. Tale importo, soggetto all'accettazione da parte della amministrazione aggiudicatrice, non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal piano economico-finanziario. I soggetti pubblici e privati possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, nell'ambito della fase di programmazione di cui all'articolo 14 della presente legge, proposte d'intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e studi di fattibilità. Tale presentazione non determina, in capo alle amministrazioni, alcun obbligo di esame e valutazione. Le amministrazioni possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, le proposte di intervento e gli studi ritenuti di pubblico interesse; l'adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti.

2. Possono presentare le proposte di cui al comma 1 i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento, nonché i soggetti di cui agli articoli 10 e 17, comma 1, lettera f), eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi. La realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra tra i settori ammessi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c-bis), del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153. Le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono presentare studi di fattibilità o proposte di intervento, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale.

2-bis. Entro venti giorni dalla avvenuta redazione dei programmi di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici rendono pubblica la presenza negli stessi programmi di interventi realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica, pubblicando un avviso indicativo con le modalità di cui all'articolo 80 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, mediante affissione presso la propria sede per almeno sessanta giorni consecutivi, nonché pubblicando lo stesso avviso, a decorrere dalla sua istituzione, sul sito informatico individuato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 24 della legge 24 novembre 2000, n. 340, e, ove istituito, sul proprio sito informatico. L'avviso è trasmesso all'Osservatorio dei lavori pubblici che ne dà pubblicità. Fermi tali obblighi di pubblicazione, le amministrazioni aggiudicatrici hanno facoltà di pubblicare lo stesso avviso facendo ricorso a differenti modalità, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 1, comma 1, della presente legge. *L'avviso deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'articolo 37-ter, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse*

proposte. L'avviso deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall'articolo 37-quater, comma 1, lettera b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti. Con apposito decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sono disciplinati gli effetti sulle procedure in corso che non si siano ancora chiuse a seguito di aggiudicazione alla data di adozione del predetto decreto, i cui avvisi indicativi pubblicati prima della data del 31 gennaio 2005 non contengano quest'ultima indicazione espressa.

2-ter. Entro quindici giorni dalla ricezione della proposta, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono:

a) alla nomina e comunicazione al promotore del responsabile del procedimento;

b) alla verifica della completezza dei documenti presentati e ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione.

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. 53/2003 Il Testo Unico in materia di espropriazioni per pubblica utilità. Analisi e commenti
- no. 52/2003 La possibile " terza via" alla mobilità intersettoriale degli ingegneri in Italia
- 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

Finito di stampare nel mese di febbraio 2006
Stampa: tipografia MADeS, via D. Menichella 94, 00156 Roma