

Centro Studi
Consiglio Nazionale Ingegneri

**Spazi e opportunità di intervento
per le amministrazioni regionali in materia di
lavori pubblici**

(c.r. 27)

Roma, gennaio 2001

**CENTRO STUDI DEL CONSIGLIO NAZIONALE
DEGLI INGEGNERI**

CONSIGLIO DIRETTIVO

dott. ing. Giovanni Angotti	Presidente
dott. ing. Alberto Speroni	Vice Presidente
dott. ing. Renato Cannarozzo	Consigliere
dott. ing. Alberto Dusman	Consigliere
dott. ing. Giancarlo Giambelli	Consigliere
dott. Massimiliano Pittau	Direttore

COLLEGIO DEI REVISORI

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

Sede: Via Dora, 2 - 00198 Roma - Tel. 06.85354739, Fax 06.84241800,
e-mail: centrostudi.cni@tiscalinet.it



**C.R. 27 SPAZI E OPPORTUNITÀ DI INTERVENTO PER LE
AMMINISTRAZIONI REGIONALI IN MATERIA DI LAVORI PUBBLICI**

Il presente testo è stato redatto dal dott. avv. Lorenzo Passeri con il coordinamento del dott. Massimiliano Pittau.



INDICE

Premessa	3
1. I limiti costituzionali all'esercizio della potestà legislativa regionale nel settore dei ll.pp.	10
2. I principi generali (art. 1, legge n. 109/94)	20
3. Il regolamento ed il capitolato (art. 3, legge n. 109/94)	26
4. L'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (artt. 4 e 5, legge n. 109/94)	42
5. Il responsabile del procedimento (art.7, legge n. 109/94)	50
6. La qualificazione (art. 8, legge n. 109/94)	57
7. I soggetti ammessi alle gare (artt. 10, 11, 12 e 13, legge n. 109/94)	63
8. La programmazione (art. 14, legge n. 109/94)	73
9. L'attività di progettazione (artt. 16, 17 e 18, legge n. 109/94)	78
10. I sistemi di realizzazione dei lavori pubblici (art. 19, legge n. 109/94)	89
11. La scelta del contraente ed i criteri aggiudicazione (artt. 20 e 21, legge n. 109/94)	94
12. Accesso alle informazioni (art. 22, legge n. 109/94)	104
13. La licitazione e la trattativa privata (artt. 23 e 24, legge n. 109/94)	107
14. Le varianti in corso d'opera (art. 25, legge n. 109/94)	114



15.	La disciplina economica dell'esecuzione dei lavori pubblici (art. 26, legge n. 109/94)	119
16.	La direzione dei lavori, collaudi e vigilanza (artt. 27 e 28, legge n. 109/94)	122
17.	Le garanzie e coperture assicurative (art. 30, legge n. 109/94)	129
18.	I piani di sicurezza (art. 31, legge n. 109/94)	134
19.	La definizione delle controversie (artt. 31 bis e 32, legge n. 109/94)	138
20.	Il subappalto (art. 34, legge n. 104/94)	149
21.	Cessione, trasferimento e affitto d'azienda (artt. 35 e 36, legge n. 109/94)	153
22.	Il project financing (artt. 37 bis, ter, quater, quinquies, sexies, septies, octies, legge n. 109/94)	158



PREMESSA

L'organizzazione amministrativa dello Stato italiano ha subito, soprattutto negli ultimi anni, una significativa revisione in senso federalista che ha comportato, quale primaria conseguenza, una inevitabile redistribuzione delle funzioni e dei compiti amministrativi tra lo Stato, da un lato, e le regioni e gli enti locali dall'altro.

Tra i provvedimenti che maggiormente hanno determinato a siffatto mutamento deve mettersi in primo piano la L. 15 marzo 1997, n. 59 che, in ossequio al principio secondo il quale devono rimanere imputati in capo alle amministrazioni dello Stato, centrali o periferiche, esclusivamente le funzioni ed i compiti che necessitano di una gestione unitaria, ha definitivamente conferito alle regioni tutti i compiti e le funzioni non espressamente mantenuti in capo alle predette amministrazioni statali. La legge recepisce *il principio di sussidiarietà*, sancito dai trattati europei (art. 5 Trattato CE), e già dalla carta europea delle autonomie locali (Strasburgo, 15.10.1985, ratif. l. 30.12.1989, n. 439, art. 4), ma adesso affermato come applicabile agli enti locali in tutta la sua potenzialità, appunto, dall'art. 1, comma 2, della legge 59/97, il quale fa riferimento alla definizione di esso data all'art. 4, comma 3, lett. a), della stessa legge. Secondo tale principio l'esercizio delle funzioni e dei servizi deve essere dislocato ad un livello di governo più prossimo possibile ai cittadini utenti, restando la possibilità di intervento dei livelli superiori di governo limitata ai casi di mancato esercizio da parte di quelli inferiori.

Tra l'altro, all'art. 1, comma 3, della legge 59/1997 si trova l'individuazione, tassativa, dei compiti e delle funzioni riservate alla amministrazione statale¹. È palese il radicale mutamento di

¹ Norma alla quale è stata data attuazione con il D.Lgs. n. 112/98.



prospettiva che, a Costituzione invariata, viene data dagli articoli 117, 118 e 128 della Costituzione. Soprattutto nei riguardi delle regioni, al criterio seguito all'epoca dei primi trasferimenti di funzioni e compiti amministrativi - secondo il quale doveva ritenersi mantenuto allo Stato tutto ciò che non fosse risultato effettivamente devoluto alle regioni - se ne sostituisce, adesso, uno opposto, per il quale deve reputarsi conferito ad esse tutto quanto non espressamente mantenuto a livello statale.

A sua volta la legge Costituzionale n. 1/99 - di riforma degli artt. 123 ss della Costituzione - ha potenziato la potestà statutaria ed organizzativa delle regioni, incrementandone, di fatto, l'autonomia dall'apparato centrale statale.

Queste argomentazioni sono da sole sufficienti a sottolineare l'esigenza - di cui lo stesso legislatore si è fatto garante - di attribuire alle regioni lo spazio necessario per disciplinare le materie di sua competenza. L'autonomia legislativa delle regioni a statuto ordinario si estende su quelle materie espressamente elencate dalla Costituzione all'art. 117, nell'ambito dei limiti circoscritti dai principi riformatori fondamentali desumibili dalle leggi statali ordinarie; mentre quella delle regioni a statuto speciale trova delimitazione nell'ambito dei rispettivi statuti speciali.

Ora, fra queste materie, la summenzionata norma costituzionale annovera anche il settore dei lavori pubblici² di recente fatto oggetto di imponenti innovazioni da parte della normativa statale che ne ha ridisegnato organicamente il quadro normativo con i seguenti provvedimenti: a) legge 11.02.1994, n. 109 (la cui ultima modifica risale alla legge n. 415/98 cd. "Merloni - *ter*"); D.P.R. 21.12.1999, n. 554 (cd. Regolamento generale sui ll.pp.); D.M. 19.04.2000, n. 145 (regolamento recante il nuovo Capitolato generale sui ll.pp.); D.P.R. n. 34/2000

² "di interesse regionale".



(cd. “Regolamento Bargone” relativo alla qualificazione delle imprese partecipanti alle gare di appalto).

La stridente incompatibilità fra la riconosciuta crescente autonomia (principalmente normativa) regionale da un lato, e la pretesa del “normatore statale” di vedere applicate, nel settore dei lavori pubblici, anche alle regioni – siano esse ordinarie o speciali – disposizioni meramente precettive e non solo programmatiche, hanno spinto il Centro Studi del Consiglio Nazionale degli Ingegneri a farsi carico di un tentativo di esaustiva definizione dell’ambito soggettivo di applicazione dei summenzionati provvedimenti normativi distinguendo precisamente fino a qual punto e con che limiti essi debbano essere considerati vincolanti per le regioni.

Questo tentativo risponde a due distinte esigenze: la prima è quella di addivenire ad una chiara delimitazione della portata applicativa delle norme in oggetto che in numerose sedi è stata spesso travisata; la seconda è quella di favorire, nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà, un governo della materia dei lavori pubblici che, sia pure unitario nei suoi principi fondamentali, risponda con maggiore efficacia alle esigenze delle amministrazioni regionali.

Si procederà quindi ad una distinzione fra principi e disciplina di dettaglio della legge 109/94 che prenderà le mosse dalle indicazioni fornite dalla Consulta nella sentenza n. 482, del 07.11.1995, la quale aveva già provveduto ad individuare alcuni principi fondamentali fra i quali:

- A) l’istituto del responsabile del procedimento;
- B) la tripartizione delle fasi progettuali (preliminare, definitiva ed esecutiva);
- C) la realizzazione “interna” dell’attività progettuale stessa;
- D) le competenze nell’espletamento delle varie attività di collaudo e di direzione dei lavori.



L'indagine sarà approfondita considerando il mutato quadro normativo, nonché i punti cardine sui quali poggia l'intero impianto della legge di riforma. La preventiva individuazione dei precetti di rango costituzionale, posti a tutela di valori fondamentali dell'ordinamento giuridico che informano anche il settore dei lavori pubblici, consentirà infatti di definire quali siano le norme della legge n. 109/94 che ne garantiscono il rispetto ponendo di fatto "principi fondamentali" vincolanti per la potestà legislativa regionale.

In prima istanza si può sinteticamente affermare che, nell'ambito dei lavori pubblici di "interesse regionale", l'attività legislativa delle regioni non è vincolata, tra l'altro, al rispetto delle disposizioni contenute nel D.P.R. n. 554/99 (regolamento generale) e nel D.M. n. 149/2000 (il nuovo capitolato), come pure a quelle del D.P.R. n. 34/2000 che regola la qualificazione delle imprese di costruzione (si veda tav. 1).

Le regioni sono invece chiamate al rispetto dei principi fondamentali, si come affermati dalla legge n. 109/94, in settori cardine della materia quali: l'istituzione del responsabile del procedimento, l'ammissione dei soggetti alle gare, l'attività di programmazione, l'attività di progettazione, i sistemi di esecuzione, la scelta del contraente, le varianti, le attività di direzione e collaudo dei lavori; nello stesso tempo esse sono, però, libere di definire nuove procedure che, incarnando i suddetti principi, regolino tali aspetti della materia, nell'ambito dei lavori pubblici di interesse regionale, in misura più efficace ed efficiente, ed in ultima istanza, più consona alle esigenze dell'amministrazione regionale.

Giovanni Angotti



Tav. 1 Principi della legge n. 109/94 che vincolano l'attività legislativa delle regioni in materia di lavori pubblici di interesse regionale.

Articoli legge n. 109/94	Oggetto	Principi che vincolano l'attività legislativa delle regioni
1 - 2	Principi generali (art.1) ed ambito soggettivo ed oggettivo di operatività della legge (art.2).	L'art. 1 determina i principi fondamentali sui quali poggia l'intero impianto normativo nazionale e che rappresentano, ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, limiti alla potestà normativa regionale. Tali principi consentono anche di individuare le norme della legge n. 109/94 che, in quanto strumentali alla loro attuazione, concretano ulteriori principi fondamentali vincolanti per le regioni. Tali principi sono: la qualità delle opere; l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa; la procedimentalizzazione della stessa; l'imparzialità, la tempestività, la trasparenza e correttezza, la conformità al diritto comunitario. Con riferimento all'art. 2 va rilevato che ai sensi della sentenza n. 482/95 della Corte Costituzionale fra i soggetti di cui all'art. 2, 2° comma, lett. a) non rientrano le regioni.
3	Prevede la delegificazione della materia. La norma ha trovato attuazione con il D.P.R. n. 554/99 e con il D.M. n. 145/2000.	Tali disposizioni non determinano alcun vincolo per le regioni.
4-5	Istituzione dell'Autorità di Vigilanza sui ll.pp.	L'attività dell'Autorità è esercitabile anche nei confronti delle regioni solamente qualora essa sia strumentale alla conoscenza e chiarificazione della normativa di settore e le sue determinazioni non acquisiscano il valore di sentenze. Resta comunque ferma la possibilità delle regioni di istituire propri organi di vigilanza
7	Disciplina del responsabile del procedimento.	Le regioni sono vincolate al rispetto dei principi della "unicità" e "tecnicità" del responsabile. Esso deve fra l'altro essere dipendente dell'amministrazione.
8	Qualificazione delle imprese. La norma ha trovato attuazione con il D.P.R. n. 34/2000.	Le regioni sono vincolate esclusivamente al rispetto dei principi propugnati dal 1° comma (qualificazione e certificazione di qualità). Non comporta alcun vincolo il regolamento approvato con il D.P.R. n. 34/2000.

Fonte: Centro Studi CNI, 2001



Tav. 1 (segue) Principi della legge n. 109/94 che vincolano l'attività legislativa delle regioni in materia di lavori pubblici di interesse regionale.

Articoli legge n. 109/94	Oggetto	Principi che vincolano l'attività legislativa delle regioni
10-11-12-13	Soggetti ammessi alle gare.	Le regioni sono vincolate esclusivamente al rispetto delle norme che vietano forme di collegamento fra le imprese concorrenti alla medesima aggiudicazione. Da applicare anche il principio che prevede, in caso di risoluzione o rescissione del contratto, l'aggiudicazione dei lavori al secondo o terzo classificato.
14	Programmazione dei lavori pubblici.	Vincolante per le regioni nella parte nella quale si impone la definizione di uno strumento programmatico idoneo ad individuare le finalità dell'azione amministrativa. Resta ferma la facoltà delle regioni di avvalersi di altri strumenti programmatici.
16-17-18	Progettazione, affidamento incarichi ed incentivi.	Vincolanti per le regioni i seguenti principi: tripartizione dei livelli progettuali; prevalenza della progettazione interna; applicazione del D.Lgs. n. 157/95 agli affidamenti esterni d'importo superiore ai 200.000 d.s.p.; incentivazione economica dei progettisti interni.
19	Sistemi di esecuzione.	Vincolanti per le regioni, ma solo come "base minima" nel senso che gli istituti esecutivi nazionali devono necessariamente essere previsti. Vincolante altresì l'abolizione delle concessioni di lavori pubblici e di committenza.
20	Procedure di scelta del contraente.	Le regioni sono vincolate al rispetto delle linee essenziali delle procedure definite dal legislatore nazionale, ma non ai singoli adempimenti procedurali (ad es. termini o documenti). Non limita la potestà legislativa regionale la norma che impone la procedura della licitazione privata per la scelta del concessionario di costruzione e gestione.
21	Criteri di aggiudicazione	La norma non può ritenersi vincolante nella parte nella quale impone alla p.a. l'aggiudicazione dell'appalto mediante il solo criterio del prezzo più basso escludendo l'offerta economicamente più vantaggiosa. Essa contrasta con il diritto comunitario che ammette entrambe. Nel caso di offerte anomale le regioni non sono vincolate all'esclusione automatica, ma potranno relazionarsi anche esclusivamente alla verifica in contraddittorio.
22	Accesso alle informazioni.	Le regioni sono vincolate al rispetto di tali disposizioni.
23-24	Disciplina della licitazione e della trattativa privata.	Le regioni devono prevedere come eccezionali e tassative le ipotesi di ricorso alla trattativa privata.

Fonte: Centro Studi CNI, 2001



Tav. 1 (segue) Principi della legge n. 109/94 che vincolano l'attività legislativa delle regioni in materia di lavori pubblici di interesse regionale.

Articoli legge n. 109/94	Oggetto	Principi che vincolano l'attività legislativa delle regioni
25	Varianti in corso d'opera	Le regioni sono vincolate al rispetto del principio del divieto di varianti "onerose". Possono comunque prevedere la possibilità di adottare varianti migliorative non onerose.
26	Disciplina economica dei ll.pp.	Vincolante per le regioni il principio che vieta l'alterazione delle condizioni contrattuali.
27	Direzione dei lavori	Vincolanti i principi che stabiliscono il carattere interno dell'ufficio di direzione e quelli che regolano la scelta esterna secondo il D.Lgs. n. 157/95.
28	Collaudo	Come la direzione dei lavori. Vincolante è altresì la semplificazione della certificazione di collaudo e lo "sdoppiamento" della stessa.
29	Pubblicità	Vincolante è il solo principio di "pubblicizzare" le gare esperite dalla regione.
30	Garanzie e coperture assicurative.	Vincolante per le regioni è il principio che impone cauzione provvisoria e definitiva sull'offerta.
31	Sicurezza nei cantieri	Le regioni sono vincolate al rispetto della normativa nazionale
31 bis - 32	Definizione delle controversie	Vincolanti i principi della semplificazione delle procedure e dell'ammissibilità del ricorso all'arbitrato.
34	Subappalto	Le regioni sono vincolate al rispetto della normativa nazionale.
35 - 36	Cessione d'azienda	Le regioni sono vincolate al rispetto del principio della continuazione del contratto di appalto in capo al cessionario.
37 bis, ter, quater, quinquies, sexies, septies, octies	Project Financing	Devono essere previste nella legislazione regionale quanto meno modalità analoghe di finanziamento.

Fonte: Centro Studi CNI, 2001

1. I limiti costituzionali all'esercizio della potestà legislativa regionale nel settore dei ll.pp.

I rapporti fra potere legislativo regionale e quello statale, con riferimento alla disciplina della materia dei lavori pubblici, sono stati fin dall'origine particolarmente controversi. Soffermandoci solamente sulle vicende più recenti va rilevato che il testo originario dell'art. 1, 2° comma, della legge n. 109/94 disponeva che: *“per la disciplina delle opere e dei lavori pubblici di competenza delle regioni anche a statuto speciale, delle province autonome di Trento e di Bolzano e degli enti infraregionali da queste finanziati, le disposizioni della presente legge costituiscono norme fondamentali di riforma economico sociale e principi della legislazione statale ai sensi degli statuti delle regioni a statuto speciale e dell'articolo 117 della Costituzione, anche per il rispetto degli obblighi internazionali dello Stato”*.

La successiva legge n. 415/98, all'art. 9, si è limitata a sostituire la parola “le disposizioni” con la frase *“i principi desumibili dalle disposizioni”* di fatto assoggettando le regioni non più alle norme della legge, bensì ai soli principi fondamentali dalla stessa desumibili. L'intervento di modifica si è reso necessario in forza dell'intervento della Corte Costituzionale che, con la sentenza 07.11.1995, n. 482, accogliendo il ricorso proposto da numerose regioni, ha sostanzialmente evidenziato la lesività – per l'autonomia legislativa regionale – dell'originario inciso normativo ed ha ritenuto il nuovo più conforme ai dettami costituzionali vigenti in materia.

E' appena il caso di soffermarsi sull'importanza che il settore dei lavori pubblici riveste sotto il profilo economico – sociale per l'intero paese; è quindi inevitabile che alcune “istanze unitarie” siano soddisfatte nella sua disciplina; questo tanto più ove si venga a considerare la tendenza alla globalizzazione ed al coordinamento a livello europeo delle politiche monetarie ed economiche; sotto tale profilo una “particolarizzazione regionale” delle direttive statali deve essere considerata senza dubbio inaccettabile.



Parimenti inaccettabili sono, però, le modalità con le quali si è sviluppata l'azione del legislatore nazionale che, lungi dal preoccuparsi dell'esistenza di una norma costituzionale – appunto l'art. 117 Cost. – che vincola la potestà regionale ai soli principi fondamentali desumibili dalle leggi dello Stato, ha inteso estendere alle regioni non solo le norme di principio, bensì anche quelle meramente precettive ed esecutive, con ciò ponendosi apertamente in contrasto con il dettato costituzionale. Da qui il monito della Consulta a ridimensionare la portata dell'art. 1, 2° comma della legge n. 109/94 ai soli principi fondamentali con la precisazione, fra l'altro, che il riconoscimento da parte del legislatore, della natura di norme fondamentali di riforma economica e sociale e principi della legislazione dello Stato **per tutte** le disposizioni della legge quadro non può avere valore determinante; è infatti sempre necessario valutare, caso per caso, il carattere sostanziale delle norme in quanto *“costituiscono norme fondamentali di riforma economico – sociale e principi della legislazione dello Stato...solo i nuclei essenziali del contenuto normativo che quelle norme esprimono, per i principi enunciati o da esse desumibili”*.

In verità va dato atto che la stessa definizione di “principio fondamentale” non è certamente agevole. La funzione di indirizzo loro riservata, permette di configurarli come “regole base” alle quali l'istituzione titolare della potestà normativa deve inevitabilmente adattarsi; come specificato dalla dottrina³, essi sono *“regulae iuris* idonee a guidare nell'esercizio della funzione preordinata alla creazione di un precetto giuridicamente vincolante, sia esso atto legislativo che amministrativo e giudiziario”.

Riservandoci di approfondire in seguito la problematica vanno fin d'ora sommariamente enunciati tali valori di rango costituzionale. Sul punto la dottrina⁴ ha individuato i seguenti principi: a) efficienza ed efficacia dell'azione pubblica (art.97 Cost.); b) trasparenza e

³ G. Abbamonte, commento all'art. 1 della legge n. 109/94, in *La riforma dei Lavori pubblici* (a cura di A. Angeletti), Torino, 2000, 7.

⁴ Per tutti si veda L. Anelli *L'art. 1, 2° comma della legge n. 109/94 alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 482 del 7 novembre 1995* in Riv. Trim. app., 1995, 1, 107.



correttezza della procedura (Art. 97 Cost. e L. n. 241/90); c) standard qualitativo elevato del prodotto finale.

Non si può inoltre omettere di rilevare che, se le osservazioni di cui sopra hanno validità in sede di disamina della legge quadro, tanto più dovranno averla per una fonte di rango subordinato quale è il regolamento governativo. Per quanto, dunque, esigenze di organicità e sistematicità della materia abbiano indotto il Governo a configurare l'obbligatoria applicabilità alle regioni del D.P.R. n. 554/99 è chiaro che queste ultime non possono assolutamente ritenersi vincolate all'applicazione di tale atto che – per inciso – nel sistema delle fonti normative è di rango sicuramente inferiore alle leggi regionali.

Ai fini del presente lavoro è dunque di estrema importanza definire sia la nozione di “interesse regionale” che l'art. 117 della Costituzione riferisce ai lavori pubblici⁵ che quella di “principi fondamentali” recato ugualmente dal 1° comma della medesima norma Costituzionale, che insieme determinano i limiti della potestà legislativa generale in materia. È infatti “l'interesse regionale” a concretare l'ambito oggettivo di operatività della potestà legislativa regionale che, quindi, non riguarda tutti “i lavori pubblici”, bensì esclusivamente tutti “i lavori pubblici di interesse regionale”; qualora tale interesse venga a mancare, la regione perde di fatto la sua potestà legislativa in materia. Qualora, invece, “l'interesse regionale” sussista, si legittima la potestà regionale che però dovrà esplicitarsi nel rispetto dei principi fondamentali definiti dalla normativa statale.

Ciò premesso va rilevato che per definire il significato di “lavori di interesse regionale” è necessario prendere spunto dalla strumentalità che lega i lavori alle opere e questi ultimi all'esercizio delle funzioni proprie delle regioni. Difatti se i lavori⁶ sono

⁵ Va da sé che l'elencazione di cui l'art. 117 della Costituzione ha valore per le regioni a statuto ordinario mentre per quelle a statuto speciale sarà quest'ultimo - approvato con legge costituzionale e quindi di rango normativo pari alla Costituzione - a determinare le materie nelle quali le regioni potranno esercitare la potestà legislativa esclusiva. E' comunque reiterato l'uso, nei citati statuti speciali, dell'inciso “lavori pubblici di interesse regionale”.

⁶ L'inciso lavoro pubblico va qui inteso nella sua accezione significativa ordinaria di “prestazione funzionalizzata alla soddisfazione di un interesse pubblico” e non certo collegato alla definizione di cui all'art. 2, legge n. 109/94.



presupposto della realizzazione di un'opera e se l'opera è a sua volta strumentale all'espletamento di un servizio o all'esercizio di una potestà, per lavori pubblici di interesse regionale andranno intese tutte quelle attività (lavori, opere, prestazioni) dirette alla soddisfazione di un interesse pubblico e necessarie per l'esercizio di una funzione amministrativa propria delle regioni ovvero alle stesse trasferite dallo Stato. Come affermato dalla dottrina essi sono *“legati da un rapporto di strumentalità ad opere ed impianti necessari perché le regioni possano esercitare le funzioni amministrative loro proprie”*⁷.

In definitiva, mentre **l'interesse nazionale** è riferibile allo “Stato - comunità”, **l'interesse regionale** attiene alla meno estesa “Regione - comunità” nei confronti della quale - solamente - potranno estrinsecarsi gli effetti della potestà legislativa regionale; va comunque rilevata la variabilità della linea di confine fra l'interesse nazionale e quello regionale, variabilità relazionata alla legislazione vigente ed alla sua capacità di incidenza sul sistema normativo.

Ciò premesso per meglio definire il concetto di interesse regionale è possibile fare riferimento al D.P.R. n. 616, del 24.07.1977 che ha rappresentato l'atto di maggiore impulso del primo decentramento amministrativo⁸ in favore delle regioni a statuto ordinario⁹; difatti per quanto questo Decreto faccia esclusivo riferimento al trasferimento, in capo alle regioni, di funzioni amministrative, a queste ultime, sulla base di quanto propugnato dall'art. 118, 1° comma, della Costituzione¹⁰ nel rispetto della VIII disposizione transitoria della medesima Costituzione finalizzata a consentire agli enti di operare a regime, corrispondono specifiche e

⁷ In tal senso R. Garofoli *“commento all'art. 2 della legge n. 109/94”* in commentario a cura di F. Caringella, Milano, 1999, 52.

⁸ A tale decreto è di recente succeduto il D.Lgs. n. 112/98, che sarà analizzato successivamente.

⁹ Per quanto concerne le regioni a statuto speciale vanno considerati i seguenti D.P.R. sotto il profilo contenutistico simili al D.P.R. n. 616/77: D.P.R. 01.07.1977, n. 683 (Sicilia); D.P.R. 22.05.1975, n. 480 (Sardegna); D.P.R. 22.03.1974, n. 381 (province autonome di Trento e Bolzano); D.P.R. 22.02.1982, n. 182 (Valle d'Aosta); D.P.R. 25.11.1975, n. 902 (Friuli Venezia Giulia).

¹⁰ L'art. 118, 1° comma, della Costituzione dispone: *“Spettano alla Regione le funzioni amministrative per le materie elencate nel precedente articolo, salvo quelle di interesse esclusivamente locale, che possono essere attribuite dalle leggi della Repubblica alle Province, ai Comuni od altri enti locali”*.



corrispondenti funzioni legislative. E' bene fin d'ora precisare che diversa valenza è invece necessario attribuire al D.Lgs. n. 112/98 emanato in attuazione delle disposizione della legge delega n. 59 del 15.03.1997 ("Bassanini - 1"). Tale decreto delegato persegue, infatti, la realizzazione del principio di sussidiarietà¹¹ e non è certamente attuazione del disposto di cui all'art. 118, 2° comma, della Costituzione; esso anzi supera il rigido parallelismo "costituzionale" funzione legislativa - funzione amministrativa consentendo agli enti locali l'esercizio di quest'ultima anche in materie per le quali la competenza legislativa è riservata allo Stato.

L'art. 87 del citato D.P.R. n. 616/77 precisa che: "le funzioni amministrative relative alla materia viabilità, acquedotti e lavori pubblici di interesse regionale concernono: le strade e la loro classificazione, escluse le strade statali e le autostrade; gli acquedotti di interesse regionale; le opere pubbliche di qualsiasi natura, anche di edilizia residenziale pubblica, *che si eseguono nel territorio della regione*".

A nostro avviso l'inciso "territorio della regione", al quale il Governo ha voluto ancorare la determinazione dei confini "dell'interesse regionale", ha in sostanza una valenza pleonastica solo che si consideri che ogni opera è realizzata su di un territorio regionale, ma che solo per questo non può essere considerata opera di interesse regionale¹²; è dunque evidente che una corretta definizione dell'interesse regionale non può esulare dal profilo funzionale dell'opera. Sarà allora necessario verificare, con riguardo alle materie definite dal D.P.R. n. 616/77, se ed in quale misura l'opera localizzata sul territorio regionale sia di fatto volta a soddisfare le esigenze della collettività regionale; conseguentemente dovrà ritenersi di interesse regionale non solamente (ed ovviamente) l'opera ubicata sul territorio regionale, bensì anche quella "funzionale", esclusivamente o in misura prevalente, allo stesso. La stessa Corte Costituzionale ha avuto modo

¹¹ Principio che, come sopra rilevato, è volto a garantire l'esercizio dei poteri amministrativi da parte degli enti più vicini ai cittadini (nell'ordine: comuni - province -regioni) nell'ottica di garantire una maggiore efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

¹² Si pensi alle opere delegate dallo Stato, oppure alle opere di interesse nazionale.



di avallare tale impostazione con la sentenza 118/1981¹³ e proprio in sede di disamina della legittimità costituzionale del D.P.R. n. 616/77, precisando che: “la materia dei lavori pubblici di interesse regionale deve, in linea di massima, intendersi caratterizzata da duplice connotazione: da un elemento positivo di carattere spaziale rappresentato dalla ubicazione in ambito infraregionale dell'opera da effettuare, e da un elemento negativo, rappresentato dalla non inerenza dell'opera stessa a servizi dello Stato”.

Merita di essere ribadito il fatto che il profilo contenutistico dell'interesse regionale è chiaramente sensibile alle condizioni della normativa vigente, nonché alla posizione delle regioni nell'ambito dell'organizzazione statale delineandosi, dunque, come entità elastica e non aprioristicamente definibile una volta per tutte.

Diversa è, invece, la posizione delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano. Difatti l'art. 116 della Costituzione dispone che: “*Alla Sicilia, alla Sardegna, al Trentino Alto - Adige, al Friuli Venezia - Giulia, e alla Valle d'Aosta sono attribuite forme e condizioni particolari di autonomia, secondo statuti speciali adottati con leggi costituzionali*”¹⁴. La differenza sostanziale, dunque, fra regioni “ordinarie” e “speciali” risiede nel fatto che queste ultime hanno un proprio ordinamento distinto da quello definito dalla normativa costituzionale, anche se - questo inevitabilmente - ad esso ispirato; nelle materie espressamente indicate nei rispettivi statuti “speciali” le regioni in trattazione hanno una potestà legislativa “esclusiva” o “piena”, ossia non delimitabile o frazionabile ad opera della legge statale ordinaria. È opportuno comunque rilevare che “l'esclusività”¹⁵ della potestà legislativa regionale nelle materie indicate negli statuti speciali non esclude che essa debba conformarsi (e dunque sia limitata dai) “principi fondamentali dell'ordinamento

¹³ In massimario C.e.d. presso la Corte di Cassazione.

¹⁴ Gli statuti speciali sono stati approvati con le seguenti leggi costituzionali: L. cost. 26.02.1948, n. 2 (Sicilia); L. cost. 26.02.1948, n. 3 (Sardegna); L. cost. 26.02.1948, n. 4 (Valle d'Aosta); L. cost. 26.02.1948, n. 5 successivamente modificata dalla L. cost. 10.11.1971, n. 1 (Trentino Alto - Adige); L. cost. 31.01.1963, n. 1 (Friuli Venezia - Giulia).

¹⁵ In contrapposizione alla “concorrenzialità” rispetto alla potestà statale, della potestà legislativa delle regioni “ordinarie” nelle materie di cui all'art. 117 della Costituzione.



giuridico dello Stato” fra i quali vanno annoverati anche i principi recati dalle norme fondamentali di riforma economica e sociale¹⁶ nonché gli obblighi comunitari¹⁷. Sul punto la stessa Corte Costituzionale, con sentenza n. 151, del 16.05.1974 ha esaurientemente chiarito che: “...ed in ogni caso, anche trattandosi di materie devolute a competenze regionali di tipo primario, resta pur sempre allo Stato il potere di dettare le norme fondamentali delle riforme economico - sociali e di dare attuazione legislativa agli obblighi internazionalmente assunti”.

Da un'analisi dettagliata dei singoli statuti speciali che - fermi restando i limiti di cui sopra - assegnano alle singole regioni una potestà legislativa esclusiva nella materia dei lavori pubblici è possibile rimarcare la previsione, pressoché generalizzata, del limite dell'interesse regionale dell'opera o del lavoro da realizzare al pari di quanto sopra evidenziato per le regioni “ordinarie”. In buona sostanza, come si avrà modo di verificare, l'ordinamento che delimita la competenza legislativa delle regioni “autonome” nella materia dei lavori pubblici è sostanzialmente orientato dagli stessi parametri che informano l'ordinamento afferente alle regioni a statuto ordinario.

Più precisamente, **l'art. 14, lett. g) della statuto siciliano**¹⁸ assegna alla regione Sicilia la competenza legislativa esclusiva nei lavori pubblici *eccettuate le grandi opere pubbliche d'interesse prevalentemente*. In questo caso lo statuto in esame avendo escluso la competenza regionale per le opere di “interesse nazionale”, pur con una diversa formulazione viene indirettamente a circoscrivere la potestà legislativa alle sole opere di interesse regionale. Va altresì rilevato che lo statuto in esame fa riferimento ad un interesse nazionale “**prevalente**” e non **esclusivo** dell'opera o del lavoro da realizzare; questo conferma quanto detto circa la necessità di

¹⁶ Quali sono quelle recate dalla legge n. 109/94.

¹⁷ Si noti la differenza con la limitazione posta alla potestà legislativa delle regioni “ordinarie” dall'art. 117 della Costituzione che reca espressamente l'inciso “principi fondamentali stabiliti dalla legge della Repubblica”. La norma evidenzia un “concorso” fra legge statale e regionale, lì dove, invece, la legge della regione a statuto speciale interviene in via esclusiva a disciplinare la medesima materia nel rispetto, però, dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

¹⁸ Approvato con legge cost. n. 2/1948.



bilanciare l'interesse regionale e quello nazionale alla cui soddisfazione l'opera è finalizzata, con la conseguenza che quest'ultima potrà essere ritenuta di interesse regionale anche qualora vi sia una co-interesse- statale, di rilevanza comunque inferiore.

Anche in questo caso poi, coerentemente con quanto detto per le regioni a statuto ordinario, la definizione contenutistica dell'interesse regionale impone un riferimento ai Decreti traslativi delle funzioni amministrative statali alle regioni. Per la **Sicilia** l'art. 3 del D.P.R. n. 683, del 01.07.1977 non pone novità di particolare rilievo rispetto al trasferimento di funzioni di cui al D.P.R. n. 616/77 se non per quanto concerne le “grandi opere di interesse nazionale” per le quali la regione, pur in assenza di potestà legislativa, può esercitare quella amministrativa nei limiti delle direttive governative.

Per quanto concerne la **Sardegna**, l'art. 3, lett. e) della statuto¹⁹ prevede la competenza esclusiva regionale per la materia *dei lavori pubblici di interesse regionale*. A sua volta anche l'art. 2 del D.P.R. 22.05.1975, n. 480, così come modificato dal D.P.R. 19.06.1979, n. 348, si conformava al trasferimento di competenze si come definito dal D.P.R. n. 616/77, delegando, però, ulteriormente alla medesima regione le competenze statali in ordine a; opere di soccorso, di ricostruzione e rinascita dei territori colpiti da calamità naturali di estensione e di entità particolarmente gravi; aggiornamenti e modifiche del P.R.G. degli acquedotti concernenti le risorse idriche destinate a soddisfare esigenze e bisogni del territorio; funzioni relative ai cantieri scuola ed ai mutui relativi ad opere pubbliche contratti o da contrarre con la Cassa depositi e prestiti. Il citato D.P.R. ha quindi di fatto esteso la portata della nozione di “interesse regionale”.

Ancora, per il **Trentino Alto Adige** l'art. 8, n. 17 del D.P.R. n. 670, del 31.08.1972²⁰, riproducendo l'oramai noto inciso, ha disposto la competenza legislativa esclusiva delle province autonome di Trento e di Bolzano per i lavori pubblici di interesse provinciale. La

¹⁹ Approvato con L. cost. n. 3/1948.

²⁰ T.U. delle Leggi costituzionali concernenti gli statuti della regione Trentino Alto Adige.



definizione di tale interesse avviene anche in questo caso ad opera del decreto di trasferimento delle funzioni amministrative che, con riferimento agli enti in esame, è l'art. 19 del D.P.R. n. 381/1974. Rimane sempre fermo il principio che le funzioni amministrative trasferite e/o delegate potranno comunque essere esercitate nell'ambito della competenza legislativa primaria.

Per quanto concerne la **Valle D'Aosta**, l'art. 2, 1° comma, lett. f) dello statuto²¹ prevede la competenza legislativa esclusiva della regione per i lavori pubblici d'interesse regionale. Per quanto concerne, invece, le competenze amministrative le funzioni statali trasferite alla regione vengono individuate genericamente dall'art. 1 della legge n. 196/78 che, a sua volta, richiama il D.P.R. n. 8/1972 afferente alle regioni ordinarie.

Infine per quanto concerne la regione **Friuli - Venezia Giulia** l'art. 4, 1° comma, n. 9 dello statuto²² assegna alla stessa regione la competenza legislativa primaria per i “lavori pubblici di interesse locale e regionale”. Come rilevato dalla dottrina²³ l'inciso “interesse locale” non vuol significare una estensione della competenza regionale nei lavori pubblici di pertinenza degli enti locali, bensì concreta una delimitazione spaziale delle medesime competenze al territorio della regione. Con riferimento al trasferimento delle competenze amministrative, l'art. 23 del D.P.R. 25.11.1975, n. 902 prevede un riparto del tutto analogo a quello di cui al D.P.R. n. 616/77 per quanto concerne le regioni “ordinarie”.

In conclusione le regioni possono esercitare una propria potestà legislativa limitatamente ai lavori di “interesse regionale” e nel rispetto dei principi fondamentali posti dalle leggi della Repubblica in materia. Lo stesso dicasi per le regioni a statuto speciale che, pur se non vincolate dai principi recati dalle leggi statali ordinarie (avendo statutariamente competenza esclusiva nella materia dei lavori pubblici), devono ugualmente attenersi ai principi fondamentali

²¹ Approvato con L. cost. n. 4/1948.

²² Approvato con la L. cost. n. 1/1963.

²³ Si veda M. A. Sandulli *I Lavori pubblici* in *Trattato di Diritto Amministrativo* (a cura di G. Santaniello), Vol. X, Padova, 1990, 53.



dell'ordinamento giuridico e comunque limitarsi ad intervenire, come sancito dai diversi statuti speciali, ai soli lavori di interesse regionale.

È dunque nell'ambito di tali confini che si cercherà di compendiare i principi - di fatto vincolanti le funzioni normative regionali – recati dal combinato normativo nazionale in materia di lavori pubblici scindendoli dalle prescrizioni di mero valore esecutivo. L'analisi si concentra in particolare sulla legge n. 109/94 e sue modificazioni.

2. I principi generali (art. 1, legge n. 109/94)

L'individuazione, come sopra specificato, del “nucleo essenziale” della legge 11.02.1994, n. 109 deve partire dalle affermazioni di principio contenute nell'art. 1. A tale fine l'art. 1, 1° comma reca testualmente che: *“In attuazione dell'articolo 97 della Costituzione l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici deve garantirne la qualità ed uniformarsi a criteri di efficienza ed efficacia, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori”*.

La volontà del legislatore di superare con una legge quadro l'originaria frammentazione della legislazione in materia di lavori pubblici ha portato con sé anche l'esigenza di definire alcuni punti di riferimento fondamentali ai quali l'operatore avrebbe dovuto relazionarsi nell'espletamento della propria attività.

La norma citata, dal punto di vista della nostra indagine, concretizza anche quei principi fondamentali che l'art. 117 della Costituzione pone come limite alla potestà legislativa regionale. E' possibile, dunque, fin d'ora pervenire ad una prima chiarificazione: le disposizioni della legge n. 109/94 vincolanti per le regioni non potranno che essere diretta attuazione dei principi di cui all'art. 1, 1° comma della medesima legge; questi ultimi sono poi, nei fatti, una ulteriore definizione dei principi di “imparzialità” e di “buon andamento” della pubblica amministrazione recati dall'art. 97 della Costituzione²⁴. Esaminiamoli distintamente.

²⁴ Sul punto, chiara è la formulazione del testo dell'art. 1, 1° comma, della legge n. 109/94 che reca l'inciso “in attuazione dell'art. 97 Cost...”; dunque i principi recati dal summenzionato art. 1 non potrebbero non essere concretizzazione dei principi generali di buon andamento ed imparzialità della p.a. enunciati dall'art. 97 Cost.

A) La qualità delle opere

L'inciso sintetizza la necessità di garantire la realizzazione di un'opera funzionale ed effettivamente rispondente alle esigenze della collettività cui è preposta. Un principio di siffatta importanza viene a permeare diverse norme della legge quadro; fra queste da citare in particolare: l'art. 8 sulla qualificazione dei concorrenti²⁵; l'art.14 sulla programmazione dei lavori pubblici; l'art. 17 sulla progettazione; l'art. 27 sulla direzione dei lavori; l'art. 28 sui collaudi e sulla vigilanza.

B) L'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa

Va preliminarmente precisato che questi criteri rappresentano una ulteriore specificazione del principio di buon'andamento della p.a. di cui all'art. 97 Cost.; concretizzazione alla quale il legislatore ha fatto frequente riferimento soprattutto nei casi in cui ha inteso relativizzare le riserve di legge operanti per la regolamentazione dell'azione amministrativa (ad es. in materia di privatizzazione del pubblico impiego).

L'efficienza impone un costante equilibrio del rapporto spesa sostenuta – obiettivo da perseguire; essa concretizza il brocardo del “massimo risultato con il minimo sforzo”.

L'efficacia denota, invece, la concreta idoneità funzionale dell'azione intrapresa, ossia la sua capacità di raggiungere l'obiettivo prefissato.

Fra le norme della legge quadro attuative dei predetti principi vanno menzionate: quelle sulla qualificazione delle imprese e sulla programmazione e progettazione dei lavori pubblici; le norme sulla semplificazione delle procedure di scelta del contraente; l'art. 37 – *bis* sul promotore.

²⁵ La norma è stata attuata con il D.P.R. n. 34/2000 (cd. “Regolamento Bargone”) del quale si dirà in seguito.

C) La procedimentalizzazione dell'azione amministrativa

Il principio è di particolare rilevanza solo che si pensi alla “corsa” alla trattativa privata che ha contraddistinto il settore dei lavori pubblici nel periodo anteriore la riforma di cui alla legge n. 109/94.

Oggi il legislatore dà, invece, indicazioni particolarmente precise scandendo le varie fasi per l'affidamento in appalto o concessione dei lavori pubblici, nonché per la realizzazione degli stessi, definendone le peculiarità; tale procedimentalizzazione è strumentale a garantire trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa²⁶.

Le norme principalmente coinvolte nell'attuazione di tale principio sono quelle che vanno dall'art. 14 all'art. 24 della legge n. 109/94 relative, dunque, alla programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei lavori pubblici.

D) L'imparzialità

È questo un principio non espressamente menzionato dall'art. 1, 1° comma della legge n. 109/94, ma che deve ritenersi tacitamente operativo per il richiamo fatto dalla disposizione normativa all'art. 97 della Costituzione. Il principio dell'imparzialità si ricollega alla norma contenuta nell'art. 1, 4° comma della legge n. 109/94 che impone il divieto di modifica implicita della normativa quadro. La lettura combinata del primo comma e del quarto comma dell'art. 1 della legge n. 109/94 estrinseca l'esigenza di un quadro normativo nel quale sia l'uniformità dell'assetto normativo a impedire il verificarsi di comportamenti “parziali”. Fra le norme più rilevanti relazionate a tale principio vanno menzionate quelle di cui all'art. 21 sui criteri di aggiudicazione e sulle commissioni giudicatrici.

²⁶ E' appena il caso di precisare che il principio fondamentale è quello della procedimentalizzazione e non certo del procedimento si come definito dalla legge n. 109/94.



E) La tempestività dell'azione amministrativa

Tale principio è relazionato ai criteri di efficienza e di efficacia e denota l'esigenza di addivenire "tempestivamente" al completamento delle procedure amministrative per la realizzazione dell'opera pubblica. Va comunque rilevato che la tempestività non deve pregiudicare le norme sul libero accesso delle gare e sulla libera concorrenza tra le imprese; difatti il legislatore, sulla scorta di una propria scelta discrezionale, ha ritenuto questi principi – che indiscutibilmente contribuiscono ad appesantire le procedure – siano comunque preminenti rispetto alla tempestività e vadano, dunque, salvaguardati. Fra le norme improntate ad esigenze di tempestività va comunque citato l'art. 37 – *bis* relativo all'istituto del *project financing*.

F) La trasparenza e la correttezza dell'azione amministrativa

I due principi sono fra loro coordinati nel senso che la correttezza rappresenta un espresso limite alla trasparenza; nel settore dei lavori pubblici quest'ultima ha, infatti, un ambito oggettivo di operatività sicuramente più ristretto di quello definito dall'art. 22 della legge n. 241/90.

Una illimitata operatività del principio di trasparenza potrebbe infatti agevolare indiscutibilmente la formazione di "cartelli" fra imprese e possibili turbative d'asta. Nell'ottica, di un contemperamento fra i due principi (correttezza e trasparenza) il legislatore ha inteso prediligere nettamente il primo. Fra le norme della legge quadro fondamentale sul punto è l'art. 22 che pone precisi divieti all'amministrazione nel fornire notizie, atti o documenti relativi alle procedure di affidamento di appalti o delle concessioni.

G) La conformità al diritto comunitario

La conformità al diritto comunitario permette di interpretare correttamente il più volte citato art. 1, 1° comma della legge n. 109/94. Il richiamo ai principi comunitari comporta l'obbligo del legislatore di preservare le quattro libertà fondamentali (circolazione delle merci,



delle persone, dei capitali e dei servizi) poste come obiettivo primario dell'ordinamento comunitario prima dal Trattato di Maastricht e successivamente dal trattato di Amsterdam. La salvaguardia di tali libertà fondamentali contribuisce a riconoscere il mercato come fattore di tutela non solo per la pubblica amministrazione, bensì anche per gli operatori del settore dei lavori pubblici.²⁷

I principi richiamati dal 1° comma dell'art. 1 sono, quindi, principi fondamentali vincolanti anche per il legislatore regionale (a statuto ordinario e speciale), anche ai sensi di quanto previsto dall'art. 117 della Costituzione.

Per quanto concerne l'art. 2 della legge n. 109/94, così come modificato dall'art. 1 della legge n. 415/98, esso provvede, invece, a definire l'ambito soggettivo di operatività della legge quadro. Esso distingue tre categorie soggettive:

- A) amministrazioni pubbliche in senso proprio;
- B) le società miste ed i concessionari;
- C) i soggetti privati preposti alla realizzazione di lavori in relazione ai quali sia previsto un finanziamento pubblico che, attualizzato, superi il 50% dell'importo complessivo dei lavori.

Nello specifico l'art. 2, 2° comma, lettera a) ritiene applicabile le norme della legge 109/94, nonché del regolamento di cui all'art. 3: "alle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, agli enti pubblici, compresi quelli economici, agli enti ed alle amministrazioni locali, alle loro associazioni e consorzi, nonché agli altri organismi di diritto pubblico". Va sottolineato che dall'ambito di operatività della predetta elencazione **sono sottratte le regioni (sia a statuto ordinario che speciale) e le province autonome** non annoverabili né tra le amministrazioni dello stato, né tra gli enti e le

²⁷ "I poli di riferimento sono, dunque, due: la tutela dell'amministrazione e la tutela del mercato"; in questo senso Carullo in "La legge quadro in materia di lavori pubblici", Padova, 1999, 14.



amministrazioni locali come fra l'altro confermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 482 del 1995.

È invece chiaro che ricadono nell'ambito di operatività dell'art. 2 della legge n. 109/94 le opere dei comuni e delle province non delegate dalle regioni.



3. Il regolamento ed il capitolato (art. 3, legge n. 109/94)

L'art.3 della legge n. 109/94 dispone che: “E' demandata alla potestà regolamentare del Governo, ai sensi dell'art. 17, 2° comma, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con le modalità di cui al presente articolo e secondo le norme di cui alla presente legge, la materia dei lavori pubblici con riferimento:

- a) alla programmazione, alla progettazione, alla direzione dei lavori, al collaudo e alle attività di supporto tecnico - amministrativo con le annesse normative tecniche;
- b) alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici, nonché degli incarichi di progettazione;
- c) alle forme di pubblicità e di conoscibilità degli atti procedurali, anche mediante informazione televisiva o trasmissione telematica, nonché alle procedure di accesso a tali atti;
- d) ai rapporti funzionali tra i soggetti che concorrono alla realizzazione dei lavori e alle relative competenze.”

E' preliminarmente necessario determinare i limiti della potestà regolamentare di delegificazione che la legge “Merloni” demanda al governo in materia di lavori pubblici. Sul punto, premesso che i regolamenti governativi “di delegificazione”²⁸ intervengono in settori

²⁸ Si è discusso, in effetti, se il regolamento di cui all'art. 3 fosse da ritenersi un regolamento “delegato” ovvero di “delegificazione”. Entrambe le tipologie regolamentari sono disciplinate dall'art. 17, 2° comma della legge n. 400/88 e presentano caratteristiche simili che hanno indotto parte della dottrina a ritenere sussistente una loro sostanziale sovrapposibilità. Il regolamento “delegato” risponde allo schema dei decreti delegati (decreti legge e decreti legislativi); è il Parlamento che deve autorizzare il Governo alla regolamentazione normativa della materia indicandone contestualmente - in difetto l'autorizzazione sarebbe un mero aggravio procedimentale privo di reale valore - i principi fondamentali di riferimento. Anche il regolamento di “delegificazione” deve essere autorizzato dal Parlamento che, oltre che individuare i principi fondamentali ai quali la fonte secondaria dovrà uniformarsi, deve altresì prevedere l'abrogazione

già normati e comunque non coperti da riserva assoluta di legge, va rilevato che l'art. 17, 2° comma, della legge n. 400/88 ne subordina l'emanazione ai seguenti presupposti:

- 1) l'assenza di una riserva di legge assoluta nella materia oggetto di disciplina;
- 2) l'abrogazione, *da parte della legge della Repubblica autorizzatrice*, delle norme vigenti²⁹;
- 3) la determinazione, *da parte della legge della Repubblica autorizzatrice*, delle norme generali regolatrici della materia.

Il dettato normativo è piuttosto esplicito nell'arginare la potestà regolamentare del Governo che non può assolutamente ritenersi libera, bensì discrezionale in quanto spetta alla legge statale - che ne autorizza l'esercizio - delimitarne l'ambito oggettivo di operatività³⁰ fissando i principi fondamentali nel rispetto dei quali la stessa potrà esercitarsi. Sul punto è comunque opportuno evidenziare che la Corte Costituzionale, con la sentenza del 07.11.1995, n. 482, ha provveduto a precisare che “la qualifica di fondamentale da attribuire alle norme della nuova disciplina può derivare dal costituire esse un elemento

della normativa previgente (*la delegificazione abrogativa propria*). Vista la similitudine sussistente fra i due regolamenti è stato difficile - come anticipato sopra - ritagliare un margine di operatività al regolamento “delegato”. Parte della dottrina ha ritenuto che quest'ultimo possa operare autonomamente solo dove l'esercizio della potestà regolamentare sia consentito in deroga alle norme vigenti della materia e quindi senza disporre una loro abrogazione e sempre che la quiescenza della legge sia temporanea e giustificata da esigenze di adeguamento ai precetti costituzionali; solo in questa ipotesi residuerebbe un margine di operatività ai regolamenti delegati rispetto a quelli di delegificazione. In questo senso Galli “*Corso di Diritto Amministrativo*”, Vol I, 2000, 22.

Ora, ciò premesso, non vi sono dubbi che il regolamento di cui all'art. 3 della legge n. 109/94 appartenga alla categoria dei regolamenti di “delegificazione” in quanto la stessa norma dispone espressamente - pur con le anomalie che si identificheranno - l'abrogazione della normativa previgente.

²⁹ Con efficacia dalla data di entrata in vigore del regolamento governativo.

³⁰ In questo senso: Carlassare, *Il ruolo del parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in Quaderni Costituzionali, 1990, 7; G. Marchianò, *Commento all'art. 3 legge 11 Febbraio 1994, n. 109*, in *la legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di Carullo e Clarizia, 2000, 173; F. Mastragostino, *Commento all'art. 3 legge 11 Febbraio 1994, n. 109*, in *la riforma dei Lavori pubblici*, a cura di A. Angeletti, 2000, 78.



coessenziale alla riforma economico sociale, in quanto la caratterizzano o formano la base del suo sviluppo normativo”.

Venendo, adesso, più strettamente all'oggetto della nostra indagine è d'uopo soffermarsi sui limiti che l'applicazione, dapprima dell'art. 3 della legge n. 109/94, poi del D.P.R. n. 554/99 (espressione della potestà regolamentare governativa) incontrano nei confronti della competenza legislativa concorrente che l'art. 117 Cost. riserva alle regioni nella materia dei lavori pubblici.

Per quanto concerne il primo dei due profili summenzionati, alcune regioni hanno denunciato l'illegittimità costituzionale della delegificazione disposta dall'art. 3 della legge quadro muovendo dal presupposto che l'ambito di applicazione della norma - si come originariamente formulata - invaderebbe la sfera di competenza normativa riservata alle regioni dall'art. 117 della Costituzione (regioni “ordinarie”) e dagli statuti “speciali” nel settore dei lavori pubblici di interesse regionale³¹. Secondo le regioni ricorrenti un regolamento governativo non potrebbe - come invece sembrerebbe autorizzare l'impugnato art. 3 della legge n. 109/94 - legittimamente intervenire in materia di competenza regionale (o provinciale); né la legge ordinaria potrebbe demandare ad una fonte secondaria (quale è appunto un regolamento governativo) la facoltà di sostituire una fonte che a quest'ultima è sovraordinata (quale è appunto una legge regionale); inoltre non sarebbero rispettati i parametri di cui all'art. 17, 2° comma, della legge n. 400/88 ossia l'indicazione delle norme regolatrici della materia volte ad indirizzare la potestà regolamentare del Governo, nonché delle disposizioni legislative abrogate a seguito dell'entrata in vigore del regolamento.

³¹ La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata da varie regioni sotto profili diversi. La Regione Lombardia ha incentrato la sua attenzione soprattutto sulla capacità abrogativa delle leggi regionali tuttora in vigore da parte del regolamento governativo (riferimento al 4° comma dell'art. 3) e sotto tale profilo ha denunciato la violazione degli artt. 115, 117 e 118 Cost. La Regione Friuli Venezia Giulia ha denunciato, invece, la violazione dell'art. 4, n. 9, della legge costituzionale 31.01.1963, n. 1 in quanto, nel caso in cui fosse riconosciuto il valore abrogativo del regolamento, verrebbe a determinarsi una soggezione della potestà legislativa primaria della Regione alla normativa secondaria regolamentare.



La Corte Costituzionale, nella più volte citata sentenza n. 482/1995, ha rigettato le istanze proposte dalle varie regioni e province autonome motivando, però, in termini sostanzialmente adesivi alle osservazioni regionali. Difatti la Consulta precisa che: “*i regolamenti governativi, compresi quelli delegati, non sono legittimati a disciplinare materie di competenza regionale o provinciale (sentenza n. 333 del 1995). Né lo strumento della delegificazione previsto dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988 può operare per fonti di diversa natura tra le quali vi è un rapporto di competenza e non di gerarchia*”³². Nel caso in esame, prosegue la Corte, “la disposizione denunciata prevede esclusivamente la delegificazione statale, rispettando l'attribuzione alla legge della disciplina dei rapporti con le regioni e le province autonome. Difatti queste ultime non sono comprese tra le amministrazioni e gli enti destinatari del regolamento, secondo l'espressa previsione ed elencazione che ne fa l'art. 2, comma 2, lettera a) della legge n. 109/94. Solo la diretta incompatibilità delle norme regionali con i sopravvenuti principi e norme fondamentali della legge statale può determinare, ai sensi dell'art. 10, 1° comma, della legge 10 febbraio 1953, n. 62, l'abrogazione delle prime”³³. In conclusione la questione proposta è stata rigettata in quanto la delegificazione programmata dall'art. 3 della legge n. 109/94, per sua natura giuridica, non può trovare applicazione alle regioni e quindi esse - sulla scorta di quanto asserito dalla Corte - non possono lamentare una riduzione della propria autonomia a causa del provvedimento.

La Corte Costituzionale, rigettando le varie eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate dalle regioni nei confronti dell'art. 3 della legge n. 109/94, ha provveduto, così, a fissare i confini della legittimità costituzionale della predetta disposizione normativa sancendone la non applicazione alle regioni; in buona sostanza i

³² Non è certamente questa la sede per dilungarsi sulle differenze fra gerarchia e competenza; basti considerare che mentre il primo criterio opera in senso verticale instaurando un rapporto di sovra/subordinazione (es. rapporto legge ordinaria - regolamento governativo), il secondo opera in senso orizzontale ripartendo fra fonti di pari rango la regolamentazione di un settore (es. rapporto legge ordinaria statale - legge regionale).

³³ In questo senso Corte Costituzionale, sentenze nn. 153 del 1995, 498 e 497 del 1993, 50 del 1991, 151 del 1974.



regolamenti di cui all'art. 17 della legge n. 400/88 non potranno che riguardare la sola delegificazione statale senza intaccare la sfera delle competenze regionali³⁴.

In sede di redazione del nuovo regolamento generale sui lavori pubblici il Governo, però, non sembra avere recepito le direttive della Corte Costituzionale, autorizzando, in determinati casi, l'operatività del medesimo nei confronti delle regioni e province autonome.

Va preliminarmente rilevato che con il rilevo formale n. 2 del 28.01.2000, la Corte dei Conti - Ufficio di controllo sugli atti del Governo - ha censurato la legittimità del D.P.R. 21.12.1999³⁵ sotto diversi profili costringendo il Governo alla registrazione dello stesso con "riserva"; fra questi profili preminente è quello dell'applicabilità del predetto regolamento alle regioni ed alle province autonome di Trento e di Bolzano.

L'art. 1, 2° comma del D.P.R. n. 554/99 prevede, difatti, l'applicazione del regolamento alle regioni, anche a statuto speciale, alle province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti regionali da queste finanziati in tre casi:

- a) lavori finanziati in misura prevalente con fondi provenienti dallo Stato;
- b) lavori realizzati nell'ambito di funzioni delegate dallo Stato alle regioni;
- c) lavori realizzati nelle materie non oggetto di potestà legislativa a norma dell'art. 117 della Costituzione.

La Corte dei Conti, con il rilevo di cui sopra, ritiene legittimo il solo caso sub b) cassando gli altri. Nel caso di **delega** infatti si realizza una mera sostituzione soggettiva; le funzioni delegate rimangono nella titolarità del soggetto delegante con la conseguenza che il soggetto delegato (nel caso specifico gli enti pubblici territoriali) non può fare

³⁴ In questo senso anche G. Marchianò *op cit.*, 180.

³⁵ Successivamente D.P.R. n. 554.



altro che esercitarle con le regole che pertengono al delegante ovvero che lo stesso abbia indicato³⁶. Dall'istituto descritto va, invece, differenziato il **trasferimento** di funzioni nel quale si realizza una nuova attribuzione di competenza che svincolerebbe le regioni dall'applicazione sia della legge che del regolamento³⁷.

Per quanto concerne, invece, i restanti casi di prevalenza della potestà regolamentare su quella legislativa regionale e cioè quelli del “finanziamento statale prevalente”, nonché delle “materie non oggetto di potestà legislativa regionale”, se ne riscontra l'illegittimità partendo dalla constatazione che: se i lavori non sono di interesse regionale, la regione non avrà competenza nella materia se non nel caso di delega; diversamente se i lavori sono di “interesse regionale” ai sensi dell'art. 117 Cost. allora la regione avrà competenza a prescindere dalla consistenza dell'eventuale finanziamento statale.

Sul punto il Governo, replicando alle osservazioni levate, ha ritenuto che: “la prevalenza del finanziamento statale (o comunitario) provoca la significativa emersione di un interesse statale connesso alla scelta legislativa discrezionale sull'allocazione delle risorse, che, nella misura in cui solamente si affianchi a un eventuale interesse regionale, colloca la fattispecie al di fuori dell'ambito previsionale dell'art. 117 della Costituzione”. In sostanza, nell'ottica di una concezione non predeterminata, bensì elastica dell'interesse regionale, la prevalenza del finanziamento statale (o comunitario) sarebbe da sola sufficiente a spostare l'interesse dell'opera dal livello regionale a quello statale.

Tali argomentazioni appaiono poco persuasive. A nostro avviso, infatti, è giusto recepire una nozione di interesse regionale elastica, idonea a configurarlo come “funzionalità dell'opera all'interesse della regione”³⁸; proprio tale nuova concezione preclude però, alla radice la possibilità di negare la sussistenza dell'interesse regionale di un lavoro pubblico a seguito del prevalente finanziamento statale dello stesso.

³⁶ La giurisprudenza è concorde sul punto. Da ultimo si veda Consiglio di Stato - Adunanza generale - parere n. 123/99, in C.e.d. Corte di Cassazione.

³⁷ È il caso dei trasferimenti di competenza attuati dal D.Lgs. n. 112/98.

³⁸ In questo senso Garofoli, *op. cit.*, 53.

L'effettiva funzionalità del lavoro o dell'opera deve, infatti, essere rapportata, in primo luogo, all'estensione della collettività a cui essa si riferisce; è difatti chiaro che qualora il suo utilizzo sia circoscritto alla sola popolazione ubicata nel territorio regionale, a meno che non risponda a superiori interessi nazionali, essa non potrà che essere soggetta alla potestà legislativa regionale ai sensi dell'art. 117 Cost. anche se finanziata prevalentemente dallo Stato.

Illegittimo è, altresì, il riferimento dell'art. 1, 2° comma, del D.P.R. n. 554/99 all'inciso “*nelle materie non oggetto di potestà legislativa a norma dell'art. 117 della Costituzione*”. Esso è pleonastico; è difatti evidente che - almeno per quanto concerne le regioni a statuto ordinario³⁹ - la potestà legislativa regionale concorrente possa essere esercitata solamente nelle materie elencate nel citato articolo. La stessa Corte dei Conti ha evidenziato l'inesattezza dell'inciso ribadendo che “per quanto interessa....assume rilevanza unicamente la materia dei lavori pubblici di interesse regionale” non rilevando la diversa circostanza della natura dell'opera realizzata. La frase contestata, inoltre, non potrebbe sicuramente essere riferita alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano in quanto l'art. 117 della Costituzione si applica soltanto alle regioni a statuto ordinario.

Sul punto il Governo ha replicato interpretando l'inciso in questione nel senso che il regolamento deve essere applicato dalle regioni “*in tutte quelle sue parti che non attengono alla legislazione regionale sui lavori pubblici*” adducendo quali esempi la materia dei requisiti delle società di ingegneria, le garanzie, la risoluzione bonaria delle controversie.

Anche tali argomentazioni non sembrano condivisibili. In primo luogo non si comprende per quali motivi l'esecutivo estrapolerebbe dal settore dei lavori pubblici le materie sopra esemplificate che a tutti gli effetti rientrano, invece, nella categoria generale dei lavori pubblici; riteniamo anzi che proprio l'utilizzazione da parte dell'art. 117 Cost.

³⁹ Solo ad esse fa riferimento infatti l'art. 117 della Costituzione.



dell'inciso “lavori pubblici” anziché quello di “opera pubblica”, testimoni la volontà dell'Assemblea Costituente di fare riferimento ad un concetto omnicomprensivo di tutte le attività necessarie alla realizzazione di un'opera pubblica.

Le regioni, a nostro avviso, devono quindi rispettare i principi generali posti dalle leggi dello Stato, ma non certo le prescrizioni attuative delle stesse⁴⁰, né tanto meno le norme recate dalle fonti di grado secondario; per esemplificare le regioni dovranno attenersi al principio di cui all'art. 17 della legge n. 109/94 che ammette la partecipazione alle gare di appalto delle società di ingegneria, ma non art. 52 del D.P.R. n. 554/99 che specifica i requisiti costitutivi richiesti alle dette società per partecipare alle gare.

Ancora più problematico si presenta l'interpretazione dell'art. 1, 3° comma, D.P.R. n. 554/99 il quale dispone testualmente che: “*ai sensi dell'art. 10 della legge 10 febbraio 1953, n. 62⁴¹, i soggetti di cui al comma 2⁴² applicano le disposizioni del regolamento fino a quando non avranno adeguato la propria legislazione ai principi desumibili dalla legge*”.

Evidentemente inaccettabile è che nel solo regolamento, e non nella legge, sia prevista l'applicazione del medesimo nei confronti di tutte le regioni; la normativa di rango secondario, ancorché statale, non può di certo prevalere - come più volte ribadito - su quella “concorrente” regionale. In verità l'effetto delle generalizzata e temporanea applicazione del regolamento sarebbe conseguenziale all'operatività dell'art. 10 della legge n. 62/1953 che prevede l'abrogazione delle leggi regionali **in contrasto** con le leggi della Repubblica che modificano principi fondamentali.

⁴⁰ Quali sono appunto le prescrizioni normative regolamentari.

⁴¹ Dispone l'art. 10 della legge 10 febbraio 1953, n. 62: “Le leggi della Repubblica che modificano i principi fondamentali di cui al primo comma dell'articolo precedente abrogano le norme regionali che siano in contrasto con esse. I Consigli regionali dovranno portare alle leggi regionali le conseguenti necessarie modificazioni entro novanta giorni”.

⁴² Ossia le regioni, anche a statuto speciale, le province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti regionali da queste finanziati.

Ora, tralasciando - per il momento - la discutibile applicazione della legge n. 63/52 nel caso di specie, va comunque rilevato che essa non è certamente in grado di superare il disposto di cui all'art. 117 della Costituzione che, ponendo una riserva assoluta di legge nella materie rimesse alla potestà legislativa delle regioni, vincola queste ultime al solo rispetto dei principi fondamentali posti con legge della Repubblica.

Per quanto concerne l'illegittimo obbligo posto dall'art. 1, 3° comma, D.P.R. n. 554/99 alle regioni, il legislatore ha pensato di superare tale incongruenza con l'art. 1, 4° comma della legge 24.11.2000, n. 340, legge di semplificazione procedimentale per l'anno 1999, nella quale è statuito che: “alla legge 15 Marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

- a) *all'articolo 20, il comma 2 è sostituito dal seguente: nelle materie di cui all'art. 117, I comma, della Cost. i regolamenti di delegificazione trovano applicazione solo fino a quando la regione non provveda a disciplinare autonomamente la materia medesima....”.*

La norma citata, proprio in quanto promanante da una fonte di rango primario, sarebbe da sola sufficiente a sanare la summenzionata incompetenza dell'art. 1, 3° comma del D.P.R. n. 554/99, ma anche in questo caso all'operatività del regolamento generale nei confronti delle regioni osta un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto, come rilevato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 482/95, la “delegificazione” ed il relativo regolamento possono operare nei confronti del solo Stato e non anche nei confronti delle regioni e questo a prescindere dalla circostanza che sia già vigente o meno una legge regionale, in quanto le materie di cui all'art. 117 della Costituzione sono sottratte alla competenza normativa statale al di fuori di quella di “principio”. Tale impostazione deve, ovviamente, avere valore anche per il novellato art. 20, 2° comma della legge n. 59/97 della cui legittimità costituzionale è, pertanto, lecito dubitare.



Inoltre va considerato che, nel caso specifico dei lavori pubblici di interesse regionale, tale norma non potrebbe essere applicata in quanto la materia è già disciplinata dalla normativa regionale. Difatti a noi sembra che l'applicazione “temporanea” del regolamento di delegificazione sia riferibile ai soli casi nei quali la regione non abbia legiferato *ab origine* ovvero la sua regolamentazione di settore sia incompatibile con i nuovi principi generali; essa invece non potrà estendersi all'ipotesi in cui la normativa regionale sia già presente e sia coerente con quei principi generali sui quali poggia il quadro normativo statale. Ora, l'eventuale applicazione alle regioni, per la materia dei lavori pubblici, dell'art. 20 della legge n. 59/97 non potrà che trovare il proprio supporto giustificativo nella paventata abrogazione della pregressa normativa regionale per contrasto con i nuovi principi generali che informano la normativa statale; la nostra attenzione dovrà dunque volgere alla disamina dell'art. 1, 3° comma del D.P.R. n. 554/99 e del richiamato art. 10 della legge n. 62/1953 al fine di verificare fino a qual punto essi possano trovare applicazione nei confronti delle regioni.

Il legislatore nazionale sembrerebbe dare per generalmente accolta⁴³ e fondata l'abrogazione della normativa regionale vigente nella materia dei lavori pubblici ad opera della legge n. 109/94 ed in forza del disposto normativo di cui al citato art. 10 della legge n. 62/1953.

Ora, il principio recato dalla norma regolamentare, sarebbe ammissibile solamente se l'art. 1, 3° comma del D.P.R. n. 554/99 si limitasse a recepire gli effetti dell'art. 10 della legge n. 62/53 senza apportare effetti innovativi nella regolamentazione della materia, ossia se la sua funzione fosse esclusivamente quella di “attestare” l'abrogazione della pregressa normativa regionale nel settore dei lavori pubblici per la sua incompatibilità con i nuovi principi. Di fatto, però, la norma citata non svolge, nel quadro generale del regolamento, un ruolo meramente recettivo degli effetti dell'art. 10, ma se ne discosta

⁴³ Ed è questo, evidentemente, il presupposto per poter ritenere applicabile l'art. 20 della legge n. 59/97 sul quale sopra si è detto.

intervenendo attivamente ed in maniera innovativa⁴⁴ nella disciplina del settore; tale intervento si riscontra in diversi aspetti.

Innanzitutto il contenuto dell'art. 10 della legge n. 62/53 è più circoscritto rispetto a quello fatto proprio dall'art. 1, 3° comma del D.P.R. n. 554/99 in quanto si limita solamente a disporre l'abrogazione della normativa regionale in contrasto con i nuovi principi statali, ma non certamente di tutta la legislazione regionale⁴⁵. Deve, pertanto, essere fatta salva quella parte di tale normativa che non si ponga in contrasto con i principi fondamentali ovvero disciplina settori nei quali questi ultimi non sono stati innovati;⁴⁶

Circa la concreta operatività dell'abrogazione disposta dall'art. 10 della legge n. 62/53 la Corte Costituzionale con la sentenza n. 40 del 03.03.1972⁴⁷ - introducendo un orientamento che ha avuto modo di ribadire più volte⁴⁸ - ha precisato che: “...È perciò in conseguenza del subentrare, nella legislazione statale, di nuovi principi (espressi o impliciti che siano), bene può verificarsi l'abrogazione di precedenti norme regionali **ove ricorrano in concreto gli estremi richiesti dall'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale, premesse al Codice Civile, per aversi abrogazione**”. La disposizione menzionata prevede: “*le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore.*”; in buona

⁴⁴ In questo senso anche la Corte dei Conti nel rilievo citato.

⁴⁵ L'art. 10 della legge n. 62/1953 dispone l'abrogazione delle “norme regionali in contrasto con i nuovi principi” e non di tutta la legge.

⁴⁶ In questo senso anche la Corte dei Conti nel Rilievo n. 2/2000.

⁴⁷ Tratta dalla banca dati del C.e.d. presso la Corte di Cassazione.

⁴⁸ Il principio è ribadito in numerose sentenze della Consulta; *ex multis*: sentenze nn. 498/1993, 497/1993, 50/1991, 151/1974 ed ancora più recente sentenza n. 153, dell'8.5.1993, n. 153 nella quale è stabilito che l'abrogazione delle leggi regionali ad opera dell'art. 10 della legge n. 62/1953 opera “*nei casi di accertata e diretta incompatibilità fra la legge regionale e quella statale.*”. La stessa giurisprudenza di legittimità ha poi ribadito il principio; si vedano Cass. civ. n. 10724/1990; Cass. pen., n. 3882/1998; Cass. civ. n. 13077/2000. Particolarmente rilevante è la sentenza n. 5196, del 25.05.1982 con la quale la Cassazione penale ha precisato che: “...*la sopravvenienza di norme di principio statali ha effetto abrogativo delle norme regionali in contrasto con esse. Solo quando il contrasto tra principi statali e norme regionali anteriori non si configuri in termini di incompatibilità può proporsi questione di legittimità costituzionale*”.



sostanza, considerando il tenore della norma, nel caso di specie l'abrogazione delle leggi regionali potrà aversi nel solo caso di **incompatibilità** con la legge statale (*rectius* con i principi propugnati dalla normativa statale).⁴⁹ Condizione fondamentale, dunque, perché la normativa regionale possa ritenersi direttamente abrogata è la sua incompatibilità coi i nuovi principi propugnati dalla legge della Repubblica; incompatibilità che deve essere “accertata e diretta”⁵⁰.

A noi sembra che l'art. 1, 3° comma del D.P.R. n. 554/99 invocando nei confronti della legge regionale l'effetto abrogativo di cui all'art. 10 della legge n. 62/53 abbia colpevolmente sorvolato in merito alla sussistenza di quelle condizioni che per la Corte Costituzionale ne vincolano l'operatività.

Prima di tutto pare difficile riscontrare tale “incompatibilità diretta” fra la normativa statale e quella regionale solo che si consideri che entrambe devono ispirarsi ai principi fondamentali dell'ordinamento comunitario; esse hanno cioè un minimo comune denominatore di matrice comunitaria che ne rappresenta il fulcro ed il punto di partenza. A titolo esemplificativo, se l'art. 3, 2° comma della legge regionale Lombardia n. 14, del 19.05.1997, relativamente alle procedure di aggiudicazione, richiama l'art. 6, 3° comma, della D. CE 93/36 è chiaro che, limitatamente a tale profilo, essa non potrà che ritenersi compatibile con la normativa nazionale che ai medesimi principi è ispirata⁵¹; e poi ovvio che la declamata abrogazione pare ancora più improbabile solo che si venga a considerare che la regione è vincolata al rispetto dei soli principi recati dalla normativa statale e non anche a quei precetti meramente attuativi esperiti dalla stessa. Va rilevato inoltre il fatto che il Governo, nell'esigenza di unificare normativamente la materia dei lavori pubblici, non si sia minimamente

⁴⁹ Difatti non vi è la dichiarazione espressa del legislatore, dichiarazione che fra l'altro non potrebbe essere esperita atteso il riparto di competenze con il legislatore regionale; tanto meno la legge statale potrebbe regolamentare per intero la materia che rientra nell'elencazione di cui all'art. 117 della Costituzione.

⁵⁰ In questo senso Corte Costituzionale, sent. 08.05.1995, n. 153.

⁵¹ Lo stesso dicasi, sempre a titolo esemplificativo, per la regione Abruzzo con la l.r. n. 21, del 27.03.1998, per la Regione Sicilia con la l.r. n. 10, del 12.01.1993, per la Provincia autonoma di Trento con la l.p. n. 26, del 10.09.1993, per la Provincia di Bolzano con la l.p. n. 20 del 10.11.1993.

preoccupato di effettuare il pur richiesto accertamento di quella concreta incompatibilità fra la normativa regionale e la legge n. 109/94 alla cui sussistenza è condizionato l'effetto abrogativo di cui all'art. 10 della legge n. 62/1953.

Ciò non toglie che qualora il contrasto tra principi di fonte statale e norme regionali anteriori non si configuri in termini di vera e propria incompatibilità esso potrà generare una questione di legittimità costituzionale delle (sole) norme regionali diventate difformi dai nuovi principi in quanto esse sono comunque costituzionalmente vincolate al rispetto dei principi fondamentali, ma non sarà comunque prospettabile una loro abrogazione.

Considerando il principio che le regioni a statuto ordinario sono vincolate, nell'esercizio della loro potestà legislativa, ai soli “principi fondamentali” è da escludersi che l'ente pubblico territoriale debba ritenersi vincolato - come lascerebbe trasparire il testo di cui all'art. 1, comma 3° del D.P.R. n. 554/99 - a tutte le norme della legge statale anche se non recanti i principi di cui sopra. Si deve parimenti escludere l'assoggettamento della potestà legislativa regionale alle norme regolamentari che, per loro natura, non recano principi generali. La stessa Corte Costituzionale, nella sentenza n. 482/95, ha avuto modo di precisare quali siano le conseguenze del contrasto della normativa regionale con la sopravvenuta normativa statale di principio; tale incompatibilità determina l'abrogazione della sola normativa regionale incompatibile; essa fa, dunque, nascere l'obbligo delle regioni di provvedere, ma contestualmente lo circoscrive alla sola “normativa statale di principio”.

Un ulteriore elemento di distacco risiede nel fatto che l'art. 1, 3° comma del D.P.R. n. 554/99 pretenderebbe di trovare applicazione anche per le regioni a statuto speciale e province autonome, mentre l'ambito oggettivo di operatività dell'art. 10 della legge n. 62/53 è circoscritto solamente a quelle ordinarie. Uniforme è sul punto è l'orientamento della Corte Costituzionale che ha più volte ribadito l'applicazione alle regioni del summenzionato art. 10 “...nel caso di

mutamento dei principi fondamentali della legislazione statale sulle materie di cui all'art. 117 Cost.”.⁵²

Alla luce di tali considerazioni è dunque chiaro che l'art. 1, 3° comma del D.P.R. n. 554/99 non si limita a recepire gli effetti dell'art. 10 della legge n. 62/53, ma concreta un'autonoma regolamentazione della materia palesemente illegittima costituzionalmente in quanto è del tutto inammissibile che sia una fonte di rango secondario a disporre la propria prevalenza - allorché temporanea - sulla normativa legislativa regionale.

L'ambito oggettivo di operatività del D.P.R. n. 554/99 inoltre si scontra non solamente, come visto, con l'autonomia legislativa regionale, bensì anche con la normativa comunitaria⁵³. Per quanto secondario rispetto all'obbiettivo perseguito dal presente lavoro, non ci si può esimere dal rilevare come “la delegificazione” di cui all'art. 3 della legge n. 109/94 si estende a settori, quali la programmazione, la progettazione, le procedure di affidamento, le forme di pubblicità, già ampiamente regolamentati dalla normativa comunitaria⁵⁴. Ora, premessa l'impossibilità - nota a tutti - della legge nazionale di abrogare la normativa comunitaria, va da se che la fonte regolamentare non potrà avere per il settore in esame un concreto valore innovativo, bensì potrà, tutt'al più, “comporre sistematicamente alcuni filoni nei settori in oggetto”⁵⁵.

Uno spazio di manovra più ampio per il regolamento potrà aversi nella materia dei lavori pubblici d'importo inferiore alla soglia comunitaria, ma resta fermo, anche in quest'ultimo caso, l'obbligo del legislatore di uniformarsi ai principi informativi di matrice

⁵² Così la Consulta nella citata sentenza n. 40/72. Negli stessi termini Cass. pen n. 5196/82; Cass. civ. n. 10724/90.

⁵³ Il profilo è stato posto in evidenza dalla dottrina più attenta; per tutti si veda A. Carullo - A. Clarizia, *op. cit.*, 181 ss.

⁵⁴ Precisamente i settori “delegificati” sono: a) la programmazione, progettazione, direzione dei lavori, collaudo e attività di supporto tecnico - amministrativo con le annesse normative tecniche; b) procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici, nonché degli incarichi di progettazione; c) forme di pubblicità; d) rapporti funzionali fra soggetti che concorrono alla realizzazione dei lavori ed alle relative competenze.

⁵⁵ In questo senso A. Carullo - A. Clarizia, *op. cit.*, 181 ss.



comunitaria della materia come, fra l'altro, affermato nell'art. 1 della legge quadro. Incomprensibile, a questo punto, è l'utilizzazione stessa dello strumento della delegificazione *ex art.* 3 della legge n. 109/94 qualora si venga a considerare l'automatismo nell'adeguamento dell'ordinamento interno a quello comunitario introdotto dalla legge n. 86/1989 cd. "legge La Pergola" che impone il costante ed immediato recepimento della regolamentazione comunitaria con effetto modificativo dello stesso regolamento generale⁵⁶.

Capitolato generale

Considerazioni analoghe a quelle rese relativamente alla problematica circa l'applicabilità del D.P.R. n. 554/99 alle regioni vanno fatte relativamente al nuovo capitolato generale delle opere pubbliche recepito nel regolamento ministeriale approvato con Decreto del Ministro dei Lavori pubblici (D.M.) del 19 aprile 2000, n. 145.

Anche in questo caso l'autorizzazione legislativa è contenuto nell'art. 3 della legge n. 109/94 che, al 5° comma, dispone: *“Con decreto del Ministero dei lavori pubblici, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, è adottato, ai sensi dell'art. 17, 3° comma, della legge n. 400/88, il nuovo capitolato generale d'appalto che trova applicazione ai lavori affidati dai soggetti di cui all'art. 2, comma 2, lett. a), della presente legge, e che, entra in vigore contestualmente al regolamento....”*.

Va preliminarmente chiarito che il D.M. di cui al citato art. 3, 5° comma è fonte normativa di rango ulteriormente subordinata rispetto al regolamento approvato con il D.P.R. n. 554/99, essendo essa vincolata al rispetto non solo della legge (nazionale e regionale), ma anche dei regolamenti governativi⁵⁷; pertanto le regioni - che come

⁵⁶ A titolo di completezza si deve rilevare la Corte dei Conti - Ufficio di controllo sugli atti di Governo - con il rilievo n. 16/2000 ha negato la registrazione al D.P.R. 30.08.2000 integrativo sostitutivo degli artt. 52 (cause di esclusione per gli appalti di progettazione) e 75 (cause di esclusione per i lavori) già non registrati nella loro originaria versione.

⁵⁷ Quale è appunto il D.P.R. n. 554/99. A tal proposito l'art. 17, 3° comma della legge n. 400/88 dispone testualmente che: *“.....I regolamenti ministeriali ed interministeriali non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo...”*.



visto non sono obbligate dal D.P.R. n. 554/99 - non potranno assolutamente ritenersi vincolate dal predetto D.M. n. 145/2000 ad eccezione del caso in cui esse espressamente ne richiamino nel disciplinare di appalto le norme.

Tale principio trova, fra l'altro, conferma nello stesso dato letterale dell'art. 3 della legge n. 109/94 che vincola al rispetto delle norme contenute nel capitolato generale le amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 2, 2° comma, lett. a) fra le quali non sono ovviamente comprese le regioni; né, d'altro lato, potrebbe inficiare tale impostazione l'art. 1 del citato D.M. n. 145/2000 che afferma che il capitolato “contiene la disciplina regolamentare dei rapporti tra *le amministrazioni aggiudicatrici e i soggetti affidatari di lavori pubblici*”. Difatti è chiaro che nel citare “le amministrazioni aggiudicatrici” nella definizione del proprio ambito soggettivo di operatività, la norma da ultimo citata faccia riferimento, pur utilizzando una locuzione impropriamente generica, a quei soli soggetti pubblici per i quali il D.M. è vincolante⁵⁸.

⁵⁸ Circa la concreta operatività del capitolato generale nei confronti degli enti pubblici diversi dallo Stato solamente nel caso di espresso richiamo pattizio da parte di questi ultimi soggetti è costante l'orientamento prevalente della giurisprudenza; da ultimo di veda Cass. Civ., Sez. I, 21.06.2000, n. 8420 in “*La legge*”, Milano.

4. L'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (artt. 4 e 5, legge n. 109/94)

Con l'art. 4 della legge n. 109/94 il legislatore ha provveduto ad istituire l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici “al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'art. 1, comma 1 (della legge n. 109/94), nella materia dei lavori pubblici *anche di interesse regionale*”. L'obiettivo del legislatore è quello di creare una struttura indipendente dal potere esecutivo, che in quanto tale sia sottratta alle direttive politiche e volta alla tutela degli interessi predeterminati dallo stesso legislatore e comunque di preminente importanza per il settore d'intervento.

Ai sensi del 2° comma del citato art. 4 l'Autorità è chiamata ad operare “*in piena autonomia ed indipendenza*”; ora proprio l'esatto inquadramento della natura giuridica dell'Autorità è presupposto indefettibile per chiarirne la portata dei poteri, nonché gli effetti che l'esercizio degli stessi potrà riverberare sull'autonomia regionale.

Sul punto si rinvengono orientamenti contrastanti. Alcuni autori⁵⁹ escludono che l'indipendenza sia il dato caratterizzante le sole *Authorities* in quanto essa è elemento pertinente all'esercizio della funzione amministrativa generalmente considerata sulla scorta della previsione costituzionale di cui all'art. 97 della Costituzione. Le Autorità avrebbero, dunque, natura sostanzialmente amministrativa e si differenzierebbero dalle altre amministrazioni solo per “la sottrazione all'organizzazione dei Ministeri e a direttive politiche”⁶⁰ unici elementi, fra l'altro, sui quali converge il consenso di tutti gli autori.

L'attività esercitata dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici sarebbe, quindi, in ogni caso attività sostanzialmente amministrativa che in nulla verrebbe a differenziarsi dall'attività di

⁵⁹ Per tutti E. Cannada - Bartoli, nel commento all'art. 4 della legge n. 109/94 in “*La riforma dei lavori pubblici*”, commentario diretto da A. Angeletti, Torino, 93 ss.

⁶⁰ Così Cannada - Bartoli, *op. cit.*, 94.

qualsivoglia ente pubblico. Tale tesi si raccorda, fra l'altro, al dato testuale dell'art. 6 che, con un inciso sostanzialmente analogo a quello di cui all'art. 4, dispone “la piena **autonomia funzionale e organizzativa, nonché l'indipendenza di giudizio e di valutazione** del Consiglio Superiore dei lavori pubblici quale massimo organo tecnico consultivo dello Stato”; organo, quest'ultimo, che attesa la sua tipica funzione consultiva del Ministero dei ll.pp., sicuramente non può configurarsi quale amministrazione indipendente.

Diversamente, altra parte della dottrina⁶¹ nega che le Autorità indipendenti esercitino una funzione amministrativa intesa, nel senso più comune, come ponderazione di interessi in vista dell'ottimale soddisfazione dell'interesse pubblico primario; esse non appartenerebbero allo Stato-apparato, ma piuttosto allo Stato-comunità, non sarebbero cioè titolari di interessi pubblici ma rivestirebbero una posizione di terzietà in quanto preposte a garantire il rispetto delle regole nei confronti di tutta la collettività.

In buona sostanza, le *Authorities* sarebbero amministrazioni *neutrali e non imparziali*. La “parzialità” estrinseca indubbiamente una condotta tipologicamente propria della p.a. che per quanto equa nella ponderazione degli interessi coinvolti dalla sua azione è pur sempre orientata al perseguimento di un interesse pubblico primario che ne influenza l'esercizio. Così non è per la “neutralità” che è, invece, prerogativa esclusiva degli organismi che rivestono una posizione di terzietà, ossia totalmente indifferente, rispetto agli interessi in gioco. Alla funzione tipicamente amministrativa l'Autorità dei lavori pubblici verrebbe ad affiancare, secondo tale linea interpretativa, una diversa funzione *neutrale* o, meglio, non tipicamente amministrativa che le assegnerebbe una posizione analoga a quella di un giudice. Qualora nella sua azione dovesse essere riscontrabile una discrezionalità, essa non potrà mai intendersi come ponderazione di interessi, bensì quale discrezionalità tecnica⁶².

⁶¹ Si veda Caianello, “*Le Autorità indipendenti*”, 364 ss.; Cassano, *Le Autorità indipendenti tra neutralità e responsabilità*”, in “*Le Autorità indipendenti*”, a cura di F. Caringella e R. Garofoli, Napoli, 2000, 70 ss.

⁶² In questo senso Cassano, *op. cit.*, 71.



A nostro avviso è preferibile la prima impostazione per diverse ragioni.

Innanzitutto sono gli stessi profili giuridici che contraddistinguono le potestà assegnate dalla legge alle *Authorities* che permettono di configurare un loro accostamento agli organi amministrativi generalmente considerati. Va difatti rilevato che per entrambi ricorre l'attribuzione di poteri funzionalmente giustificati dall'esigenza di soddisfare un pubblico interesse individuato dalla stessa norma attributiva del potere⁶³. L'elemento che diversifica la posizione delle "Autorità" non è la natura giuridica dei poteri esercitati, ma proprio la loro "indipendenza" intesa come parziale non soggezione alle direttive politiche del Governo; requisito, quest'ultimo, che a sua volta concreta la volontà del legislatore di far prevalere nel "governo" del settore rimesso alla medesima Autorità il profilo tecnico. Proprio dall'esigenza di far emergere questa "tecnicità" sono permeate le norme di legge che ne regolamentano la struttura organizzativa⁶⁴.

La qualificazione tecnica che caratterizza l'attività delle autorità è da sola insufficiente a snaturarne la natura giuridica di organo amministrativo; la mancata soggezione alle direttive politiche, comunque solo parziale, non è altro che una conseguenza della preferenza data dal legislatore al profilo tecnico rispetto a quello politico.

D'altra parte la stessa dottrina che individua in capo alle amministrazioni indipendenti una posizione di terzietà e neutralità si affretta a distinguere fra attività **giurisdizionale** ed attività **legisdizionale**. Sinteticamente, mentre quest'ultima è volta a garantire *la certezza del diritto*, la prima è volta, invece, a realizzare *la certezza dei diritti*; la legisdizione ha cioè ad oggetto esclusivamente la legge e configura, dunque, un'attività meramente ricognitiva diretta ad individuare le regole giuridiche, la giurisdizione invece è attività

⁶³ La cd. causa del potere.

⁶⁴ Relativamente ai profili organizzatori dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici sia consentito rinviare alla pubblicazione del Centro Studi C.N.I. "L'autorità di vigilanza sui lavori pubblici", Roma, 2000.

discrezionale diretta ad accertare l'eventuale lesione di una situazione giuridica soggettiva e ad applicare il diritto al caso concreto.

Pur volendo riconoscere - circostanza sopra contestata - carattere di terzietà e neutralità all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici è innegabile come essa potrebbe tutt'al più svolgere un'attività di legisdizione e non certo di giurisdizione.

Tale considerazione trova conferma nell'orientamento della Corte dei Conti che ha negato il “visto” all'art. 4, 4° comma, del D.P.R. n. 554/99 che testualmente recava: *“In singole e specifiche situazioni, l'Autorità può se richiesta dai soggetti interessati risolvere con propria determinazione e con efficacia vincolante nel caso di specie le questioni controverse sottoposte al suo esame. I relativi procedimenti, ispirati comunque al rispetto del contraddittorio, sono disciplinati dall'Autorità con proprio regolamento”*.

La Corte ha motivato il proprio dissenso precisando che l'art. 4, 4° comma della legge n. 109/94 - che elenca compiutamente i compiti dell'Autorità - non è norma di principio ed in quanto tale non può essere integrata da un regolamento; ciò premesso essa ha negato la configurabilità dell'Autorità come giudice in quanto essa “mal si concilia con gli istituti di carattere generale attinenti alla risoluzione delle controversie fra i contraenti”⁶⁵ a conferma che, almeno l'Autorità di cui alla legge n. 109/94 non può avere funzioni giurisdizionali.

Sostengono l'orientamento della natura giuridica di organo amministrativo dell'Autorità di vigilanza sui ll.pp. anche numerosi argomenti testuali.

Innanzitutto, come già detto, l'autonomia e la piena indipendenza di giudizio e di valutazione di cui all'art. 4 della legge n. 109/94 non sono prerogative esclusive dell'Autorità di vigilanza solo che si consideri il dettato normativo dell'art. 6 della medesima legge che assegna le medesime caratteristiche alle decisioni del Consiglio

⁶⁵ Così la Corte dei Conti nel rilievo n. 2/2000.



Superiore dei ll.pp. sicuramente organo consultivo del Ministero dei ll.pp. e non amministrazione indipendente.

Ancora, l'art. 4, 4° comma, della legge n. 109/94 individua, sulla base di un'elencazione che presenta i crismi della tassatività, gli specifici poteri dell'Autorità sinteticamente configurabili nella vigilanza sulla corretta applicazione della legge; nell'accertamento che dall'esecuzione dei lavori non sia derivato pregiudizio per il pubblico erario; nella segnalazione e nella formulazione di proposte al Governo e nella comminazione di sanzioni che, però, non sono connesse alla violazione sostanziale della legge, bensì alla condotta omissiva tenuta dalle amministrazioni o dai soggetti, cui siano richieste le informazioni utili in sede istruttoria. La stessa norma è ben lontana dall'attribuzione di poteri decisori giurisdizionali in capo all'Autorità secondo il principio *ubi noluit, tacuit*.

Il dato normativo configura, invece, l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici come “organo”⁶⁶ amministrativo preposto ad un'attività di vigilanza sulla corretta applicazione della normativa in materia, senza assegnarle un'effettiva incidenza sull'esecuzione delle gare e dei contratti ed in generale sul mercato⁶⁷, diversamente da altre Autorità (ad es. l'Autorità garante della libera concorrenza e del mercato) alle quali la legge assegna contestualmente poteri di vigilanza e solutori di eventuali controversie.

Il principio propugnato trova conferma anche nella pronuncia n. 482/95 della Corte Costituzionale la quale precisa che l'istituzione di un'Autorità nel settore dei lavori pubblici risponde all'esigenza di avere “un nuovo organismo collegiale di alta qualificazione, chiamato ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo ed agli organi di ogni amministrazione. L'esercizio di questa funzione di vigilanza e garanzia implica una conoscenza completa ed integrata del settore dei lavori pubblici, unitaria a livello nazionale”.

⁶⁶ In questi termini l'art. 4, 2° comma, legge n. 109/94. L'inciso permette di rilevare che l'Autorità sui ll.pp. non ha personalità giuridica.

⁶⁷ Così A. Carullo, *op. cit.*, 201; E. Cannada - Bartoli, *op. cit.*, 105.

La Consulta mette in evidenza, dunque, le funzioni specifiche di controllo e vigilanza alle quali è chiamata l'Autorità; funzioni che concretano un'attività di natura amministrativa e non certo giurisdizionale in grado di incidere sulle posizioni giuridiche soggettive. Non può, quindi, negarsi l'evidente tendenza della stessa Autorità ad estendere autonomamente (e quindi illegittimamente) le proprie potestà sperando atti (le cosiddette "regolazioni") dotate di una capacità incisiva sulla situazione giuridica soggettiva del soggetto ricorrente. Tra questi atti si possono richiamare le regolazioni attinenti "le tipologie unitarie dei bandi di gara per l'affidamento dei lavori pubblici" e quella relativa al bando di gara "Italfer" che determinano, entrambe, modalità precise alle quali gli organi dell'amministrazione devono attenersi nell'espletamento delle loro funzioni.

La palese violazione dei principi propugnati non solo dalla legge n. 109/94, ma dall'intero ordinamento giuridico di siffatte iniziative è stata di recente considerata dal T.A.R. Piemonte, Sez. I, che con la sentenza n. 1427, del 21.12.2000⁶⁸ ha annullato un provvedimento del direttore del servizio ispettivo dell'Autorità nella parte in cui censurava un atto adottato da una Giunta Comunale, invitando quest'ultima ad esercitare i propri poteri di autotutela, statuendo che: "l'art. 4 della legge n. 109/94 non prevede che l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici possa adottare atti puntuali, rilevanti sulla legittimità di quelli degli organi che stipulano i contratti, all'esito delle procedure sottoposte alla sua vigilanza".

Secondo il T.A.R. Piemonte l'Autorità intenderebbe "presentarsi come un organo di controllo ulteriore, capace di azionare un giudizio avanti al TAR....., mentre la cognizione di questo giudice è prevista dall'ordinamento solo ad istanza della parte interessata".⁶⁹

⁶⁸ In www.Giust.it.

⁶⁹ È necessario precisare che la pronuncia del Tar Piemonte è riferita ad una determinazione di un dirigente del servizio ispettivo e non del Consiglio. Attesa tale precisazione è anche il caso di precisare che, pur con riferimento ad una eventuale determinazione di quest'ultimo organo, i termini della problematica non mutano; il provvedimento è illegittimo ogni qual volta esorbiti i confini dei poteri di "controllo" e "vigilanza" denotando l'esercizio di una potestà sostanzialmente giurisdizionale.



Definita la natura giuridica dell'Autorità di cui all'art. 4 della legge n. 109/94 è necessario verificare l'incidenza potenziale della sua attività sulle regioni.

L'art. 4, 1° comma della legge n. 109/94 dispone che: “*Al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'art. 1, comma 1, nella materia dei lavori pubblici, anche di interesse regionale, è istituita.....l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, di seguito denominata Autorità*”. Tale norma estende espressamente l'attività di vigilanza dell'Autorità anche alle regioni e sembra coerente con i presupposti della legge n. 109/94, non potendosi ritenere lesiva dell'autonomia regionale proprio perché circoscritta oggettivamente ai soli principi di cui all'art. 1, 1° comma che, come detto, sono in ogni caso vincolanti per le regioni. Chiaro che ove le determinazioni dell'Autorità debordassero dai confini di cui sopra esse non potrebbero ritenersi vincolanti per le regioni, o perché non circoscritte all'esercizio delle sole attività di vigilanza e controllo ovvero perché non applicabili alle stesse regioni le norme della legge n. 109/94 o dei vari regolamenti attuativi che ne sono l'oggetto. Diversamente si dovrebbe ammettere l'incoerenza di una legge applicabile solo nei principi fondamentali alle regioni e di determinazioni dell'Autorità alle stesse applicabili oltre tali limiti.

Sul punto merita di essere menzionato quanto argomentato da parte delle dottrina⁷⁰ che ritiene che le regioni e le province autonome “possano prevedere a livello locale propri strumenti di controllo, secondo un principio di separazione di competenze”; è difatti evidente che relativamente ai lavori pubblici di interesse regionale di cui all'art. 117 Cost. le regioni, al pari dello Stato centrale, possano con propria legge istituire un organo preposto alla vigilanza. D'altra parte la stessa legge n. 109/94 si è fatta portatrice - pur se in misura ridotta - delle istanze regionali prevedendo al comma 14° del più volte citato art. 4 che “l'Osservatorio dei lavori pubblici è articolato in una sezione centrale ed in sezioni regionali venti sede presso le regioni e le province autonome. I modi ed i protocolli della articolazione regionale

⁷⁰ A. Carullo, *op. cit.*, 204.



sono definiti dall'Autorità di concerto con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano”.

In argomento è altresì intervenuta la Corte Costituzionale che nella più volte menzionata sentenza n. 482/95 ha statuito che: “le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo; esse esprimono una funzione di garanzia in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo. Le attività rimesse all'Autorità assumono carattere strumentale rispetto alla conoscenza ed alla *vigilanza*⁷¹ nel complessivo settore dei lavori pubblici”.

⁷¹ Corsivo nostro.

5. Il responsabile del procedimento (art.7, legge n. 109/94)

L'art. 7, 1° comma, della legge n. 109/94 reca che: *“I soggetti di cui all'art. 2, comma 2, lettera a), nominano, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, un responsabile unico del procedimento di attuazione di ogni singolo intervento previsto dal programma triennale dei lavori pubblici, per le fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione”*.

Tale previsione normativa introducendo la figura del “responsabile unico del procedimento” ha sostanzialmente eliminato quella bipartizione funzionale - vigente nella precedente⁷² formulazione della legge quadro - fra coordinatore unico e responsabile del procedimento; il primo competente per la programmazione, il secondo responsabile per l'esecuzione dei singoli interventi nella materia. È tuttavia necessario intendere bene il concetto di unicità che, affiancandosi a quello di tecnicità, configura la novità più rilevante introdotta dalla “Merloni - *ter*” per l'istituto in trattazione.

La presenza di un responsabile unico del procedimento amministrativo non sta certamente a significare che tutti gli atti del medesimo procedimento siano dallo stesso individualmente assunti; questa, difatti, sarebbe una circostanza sicuramente suggestiva, ma chiaramente non adeguata al reale esplicitarsi delle attività nel campo dei lavori pubblici, ove il procedimento amministrativo si articola in una pluralità di sub procedimenti o comunque richiede una serie di atti endoprocedimentali che non potrebbero rientrare nella esclusiva competenza di un unico soggetto. Il concetto di unicità va in questo caso inteso come unicità di imputazione degli effetti scaturenti da tali atti; il responsabile del procedimento è, pertanto, il soggetto responsabile verso l'esterno degli atti compiuti ancorché riferiti ad una fase sub procedimentale. Sotto il profilo prettamente giuridico questo non può certamente ritenersi principio innovativo attesa la sua vigenza

⁷² Alla legge n. 415/98.

nell'ordinamento interno dall'entrata in vigore della legge n. 241/90 (artt. 4 - 6) sul procedimento amministrativo; parimenti indiscutibile ne è l'applicazione anche alle regioni a statuto ordinario e speciale proprio perché l'unicità del responsabile del procedimento - sotto il profilo evidenziato - concreta i principi generale della trasparenza, dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione della pubblica amministrazione.

Sul punto va rilevato che dalla formulazione letterale di cui al primo comma dell'art.7 potrebbero trarsi conclusioni divergenti; dispone tale norma che: “*I soggetti di cui all'art. 2, comma 2, lett. a), nominano ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, un responsabile unico del procedimento.....*”. Difatti, con riferimento all'inciso “soggetti di cui all'art. 2, comma, 2, lett. a)” la Corte Costituzionale, con sentenza n. 482/95 - pur riferendosi alla precedente formulazione dell'art. 7 della legge quadro di cui alla L. n. 215/96 - ha disposto che la norma in esame “non trova applicazione alle regioni, posto che la stessa, per determinare i soggetti cui si applica, rinvia all'art. 2, comma 2, lett. a) L. n. 109/94, la quale elenca i destinatari della norma *senza indicare e comprendere le regioni*”. È pur vero, però, che essendo l'unicità del responsabile del procedimento strumentale alla realizzazione dei principi fondamentali sui quali è fondata la legge quadro e dei quali sopra si è detto (trasparenza, efficienza ed efficacia) sarà quanto meno opportuno il superamento del mero dato testuale con la conseguenziale applicazione del principio in esame anche alle regioni.

Alcune precisazioni sono altresì necessarie riguardo al 5° comma, dell'art. 7 della legge n. 109/94 che impone la qualifica di “tecnico” del responsabile del procedimento. Parte della dottrina⁷³ ha relazionato la *ratio* giustificatrice di tale norma alla possibilità da parte del medesimo responsabile - nei casi definiti dal regolamento generale - di espletare le medesime mansioni del progettista e del direttore dei lavori; tale motivazione sarebbe, però, da sola insufficiente a supportare il precetto della qualifica di tecnico del

⁷³ Si veda G. Marchianò, *op.cit.*, 247.



responsabile. Innanzitutto perché la coincidenza di figure delineata dal 2° comma dell'art. 7 è meramente facoltativa per la stazione appaltante; in secondo luogo perché, diversamente dal responsabile del procedimento⁷⁴, il progettista ed il direttore dei lavori possono essere anche soggetti esterni anzi, tendenzialmente⁷⁵ sono “esterni” all'amministrazione aggiudicatrice.

Per taluni, invece, l'estrazione tecnica del responsabile del procedimento sarebbe criticabile qualora si tenga presente il ruolo da esso ricoperto nell'ambito della realizzazione dei lavori pubblici. Difatti, se esso, come sopra visto, rappresenta un centro unitario d'imputazione della responsabilità per gli atti compiuti, la sua figura assume un profilo tipicamente organizzatorio espletabile, quindi, più da un funzionario che da un tecnico.

Le summenzionate argomentazioni non sono condivisibili innanzitutto perché non sembrano tenere nel debito conto la natura delle mansioni svolte dal responsabile nell'ambito del procedimento relativo alla realizzazione dei lavori pubblici. A tal proposito il 3° comma, dell'art. 7 attribuisce al responsabile le seguenti funzioni:

- A) formulare proposte e fornire dati e informazioni ai fini della predisposizione del programma triennale dei ll.pp.;
- B) assicurare in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria ed ai tempi di realizzazione del programma oltrechè al corretto e razionale svolgimento delle procedure;
- C) segnalare disfunzioni e ritardi nell'attuazione degli interventi;
- D) fornire alla p.a. i dati e le informazioni relative alle principali fasi di svolgimento del processo attuativo e

⁷⁴ Ad eccezione delle ipotesi di cui al 5° comma dell'art. 7 della legge n. 109/94.

⁷⁵ Nonostante la legge n. 109/94 deponga in senso inverso (art. 17).



necessarie per l'attività di coordinamento, di indirizzo e di controllo di sua competenza.

È sufficiente tale elencazione di funzioni per evidenziare come la persona ad esse preposta non possa che essere soggetto dotato di adeguata preparazione tecnica.

La circostanza, pur addotta dalla dottrina di cui sopra, della facoltatività dell'amministrazione di unificare in capo al responsabile del procedimento anche le figure del progettista e del direttore dei lavori, non ci sembra possa inficiare l'assunto che si è accolto, bensì evidentemente rafforzarlo. Difatti resta ferma la natura intrinsecamente tecnica delle mansioni del responsabile che impone una preparazione adeguata e corrispondente del soggetto che vi è preposto. L'unificazione delle tre figure di cui al 2° comma dell'art. 7 mira piuttosto a garantire lo snellimento dell'attività procedimentale nonché l'efficienza e l'efficacia dell'azione della p.a. per le opere di minor importo e, presuntivamente, di minore complessità, ma non sta certamente a significare che il responsabile possa anche non essere tecnico. Si pensi a tal proposito al fatto che il responsabile ha assorbito anche le funzioni dell'ingegnere capo, incarico oggi da ritenersi eliminato dall'entrata in vigore del regolamento approvato con il D.P.R. n. 554/99, figura che disponeva di una qualificazione incontrovertibilmente tecnica.

In merito, infine, alla constatazione che il responsabile sia centro unitario d'imputazione della responsabilità per gli atti compiuti ed in quanto tale più funzionario che tecnico, ci sembra di potere riconoscere la piena compatibilità fra le funzioni amministrative e quelle tecniche anche se delle stesse è incaricata la medesima persona, fermo restando che, ovviamente, mentre il "tecnico" in genere può ricoprire anche incarichi amministrativi, l'amministrativo, invece, non può assolutamente ricoprire incarichi tecnici.

Parimenti vincolante per le regioni è il disposto di cui al 5° comma dell'art. 7 della legge n. 109/94, il quale prevede, nel caso di carenze accertate mediante attestazione del dirigente competente, che i



compiti di supporto all'attività del responsabile del procedimento possano essere affidati con le procedure e le modalità previste dal D.Lgs. n. 157/95 a soggetti esterni all'amministrazione e ciò anche se il legislatore, nel formulare il precetto normativo oggetto di disamina, ha fatto riferimento agli enti locali minori - potenzialmente privi di personale adeguato - piuttosto che alle regioni.

La medesima norma, inoltre, riconoscendo che **solamente** l'attività di supporto possa essere affidata a soggetti "esterni" all'amministrazione afferma contestualmente che lo stesso responsabile debba essere soggetto "interno" alla stessa e questo dovrà valere anche per i piccoli comuni. A nostro avviso tale precetto, idoneo a soddisfare il principio dello snellimento del procedimento amministrativo, nonché dell'economicità dell'azione amministrativa, può ritenersi principio fondamentale ed in quanto tale vincolante anche per le regioni.

L'art. 7, 7° comma, della legge n. 109/94 riserva al responsabile del procedimento il potere di indire la conferenza di servizi ai sensi dell'art. 14 della legge n. 241/90 si come integrato dalla legge n. 127/97 per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, licenze, nulla osta e assensi, comunque denominati, al fine dell'esecuzione di lavori pubblici. Ci si soffermerà sull'argomento per rilevare che l'art.7, nel disciplinare l'istituto, fa riferimento alla potestà legislativa delle regioni in una duplice occasione: al 9° ed al 14° comma. Con riguardo al primo, esso reca che: *"Il regolamento e le leggi regionali prevedono le forme di pubblicità dei lavori della conferenza di servizi, nonché degli atti da cui risultano le determinazioni assunte da ciascuna amministrazione interessata"*; il secondo dispone a sua volta che: *"le regioni a statuto ordinario provvedono a disciplinare la conferenza di servizi, in armonia con i principi di cui al presente articolo, per gli interventi di competenza regionale e locale"*. Per quanto concerne quest'ultima disposizione normativa va comunque rilevato che molte regioni hanno già provveduto a legiferare - in attuazione della legge n. 241/90 - in materia di conferenza di servizi e che la sopravvenuta normativa statale non è certamente idonea ad abrogare le leggi regionali già



emanate, di conseguenza sarà preminente riscontrare nel caso concreto se esse opereranno per modificare la disciplina già vigente oppure predisporranno una diversa regolamentazione per i soli lavori pubblici.

Ancora, ai sensi del citato art. 7, comma 14°, della legge n. 109/94 le regioni sono chiamate a legiferare, nella materia della conferenza di servizi, per gli interventi di competenza **regionale e locale**. Si ribadisce che la prevalenza della disciplina regionale su quella nazionale, anche per quanto concerne la conferenza di servizi, è collegata alla nozione di lavori pubblici di interesse regionale per la cui definizione rinviamo a quanto già detto sopra. Per quanto concerne, invece, gli interventi di competenza locale - relativi alle autonomie locali minori ed in quanto tali evidentemente distinti da quelli regionali - la regolamentazione demandata alle regioni a statuto ordinario risponde all'esigenza di garantire un'uniformità di disciplina relativa alla conferenza di servizi per gli interventi diversi da quelli statali. Premesso, quindi, che l'art. 27 della legge n. 142/90 equipara la disciplina legislativa della conferenza di servizi qualunque sia l'ambito territoriale dell'intervento (comunale, provinciale, nazionale), l'art. 7, comma 14°, opera una delega legislativa a favore delle regioni eludendo alla radice eventuali problematiche di compatibilità della legge n. 109/94 con la legge n. 142/90 che all'art. 1, 3° comma dispone: *“ai sensi dell'art. 128 Cost., le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe ai principi della presente legge se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni”*.

Una particolarità deriva altresì dalle modifiche apportate, già dalla legge n. 216/95, al 5° comma dell'art.7 della legge n. 109/94. Tale norma prevedeva originariamente la possibilità di acquisire in sede di conferenza di servizi le intese fra Stato e regioni relative ai profili urbanistici non perfezionate nel termine di 60 giorni. Le regioni Emilia Romagna e Toscana avevano denunciato l'illegittimità costituzionale della norma in esame adducendo la traslazione dal piano politico a quello amministrativo dell'intesa Stato regioni di cui all'art. 81 del D.P.R. n. 616/77 che, in siffatto modo, rischierebbe di essere superata dalle determinazioni adottate dal Presidente del



Consiglio dei Ministri. Ora, nonostante, la Corte Costituzionale con la pronuncia n. 485/95, abbia avallato la previsione normativa richiedendo in ogni caso l'unanimità in sede di conferenza di servizio per l'adozione dell'intesa urbanistica, non vi è più menzione del precetto nella nuova formulazione dell'art. 7 della legge n. 109/94.



6. La qualificazione (art. 8, legge n. 109/94)

L'art. 8, 1° comma, della legge n. 109/94 dispone testualmente che. *“Al fine di assicurare il conseguimento degli obbiettivi di cui all'art. 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”*.

L'attuazione del predetto sistema di qualificazione è demandata, dal 2° comma dell'art. 8 della legge n. 109/94 ad un apposito regolamento delegato ai sensi dell'art. 17, 2° comma, della legge n. 400/1988 ed attualmente individuato nel D.P.R. n. 34/2000.

Non è oggetto d'indagine del presente lavoro la descrizione delle caratteristiche del nuovo sistema di qualificazione, pertanto provvederemo a definirlo esclusivamente nelle sue linee essenziali:

- a) il nuovo sistema di qualificazione è obbligatorio esclusivamente nel caso in cui debbano essere realizzati lavori d'importo superiore ai 150.000 Euro;
- b) esso è attuato mediante organismi di diritto privato (SOA) preposti al rilascio della “certificazione” di qualità ed a ciò autorizzati dall'Autorità di vigilanza sui ll.pp.;
- c) la qualificazione è ovviamente subordinata al possesso di requisiti di ordine generale e tecnico - organizzativo;
- d) è disposta l'abrogazione del precedente sistema fondato sull'albo nazionale dei costruttori.

Ciò premesso, la problematica che principalmente riguarda, dal nostro punto di vista, il nuovo sistema di qualificazione è la definizione del suo ambito soggettivo di operatività; in buona sostanza è necessario verificare se il D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 possa o



meno applicarsi anche alle regioni nell'ambito della realizzazione di lavori pubblici di interesse regionale.

L'art. 1, 2° comma del predetto D.P.R. n. 34/2000 dispone che: *“la qualificazione è obbligatoria per chiunque esegua i lavori pubblici affidati dai soggetti di cui all'art.2, comma 2, della legge 11.02.1994, n. 109 e successive modificazioni, dalle regioni anche a statuto speciale e dalle province autonome di Trento e di Bolzano, per i lavori di importo superiore a 150.000 Euro”*. Ritenendosi qui richiamate le considerazioni già esperite in sede di disamina dell'art. 3 della legge n. 109/94 circa la posizione ricoperta nel sistema delle fonti dal regolamento governativo⁷⁶, va immediatamente rilevato che anche in questo caso si contrappongono due orientamenti ben distinti: l'uno diretto a riconoscere l'efficacia del D.P.R. n. 34/2000 anche per i lavori di interesse regionale, l'altro diretto, invece, a disconoscerla.

Ora, del primo orientamento interpretativo si è fatto, ovviamente, portatore il Governo che, andando oltre il dato normativo, ha rilevato che un sistema di qualificazione delle imprese articolato su base regionale condurrebbe a conseguenze incongrue solo che si osservi che un'impresa operante sul territorio nazionale, qualora intendesse assumere appalti regionali sarebbe costretta ad acquisire tante qualificazioni quante sono le regioni nelle quali decidesse di operare⁷⁷; d'altra parte la tutela degli interessi regionali, sempre secondo il Governo, è stata adeguatamente garantita con la presenza dei rappresentanti regionali nella commissione consultiva di cui all'art. 8, 4° comma, lett.a) della legge n. 109/94.

Tale impostazione ha trovato recente avallo nella determinazione dell'Autorità di vigilanza sui ll.pp. del 09.06.2000, n. 29 che individua fra i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico anche quello *“dell'unicità del sistema di qualificazione dei soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici”* si come istituito dall'art. 8, 2° comma della legge n. 109/94; principio che, quindi, avrebbe efficacia

⁷⁶ Anche in questo caso è possibile parlare di regolamento di delegificazione al pari di quello di cui all'art. 3 della legge.

⁷⁷ Così la relazione dell'ufficio legislativo del Ministero dei lavori pubblici al D.P.R. n. 34/2000.

vincolante per le regioni. Alla stessa conclusione si perviene anche considerando quanto stabilito dall'art. 93, 1° comma, lett. f) del D.Lgs. n. 112/98 che mantiene allo Stato le funzioni relative “*alla regolamentazione e alla vigilanza relativamente al sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici*”; poiché la qualificazione è regolamentata dal D.P.R. n. 34/2000, pare logico desumere che ad esso devono conformarsi anche le regioni.

La tesi opposta trae, invece, spunto dalla considerazione che l'art. 8, 2° comma della legge n. 109/94⁷⁸ richiama la definizione di lavori pubblici di cui all'art. 2 medesima legge nella quale non sarebbero ricompresi quelli affidati dalle regioni. Di conseguenza le regioni sarebbero vincolate esclusivamente dal 1° comma dell'art. 8, l'unico recante norme di principio, ed avrebbero, dunque, facoltà di istituire e mantenere propri sistemi di qualificazione. Tale impostazione troverebbe conferma anche nella più volte citata n. 482/95 della Corte Costituzionale la quale ha affrontato, fra l'altro, la questione della legittimità costituzionale dell'art. 8, 8° comma, della legge n. 109/94 che dispone: “.... *Con effetto dalla data di entrata in vigore della presente legge, è vietata, per l'affidamento dei lavori pubblici, l'utilizzazione degli albi speciali o di fiducia predisposti dai soggetti di cui all'art. 2*”.

La Consulta ha rigettato perché infondata la predetta questione “*giacché la disposizione denunciata si applica esclusivamente ai soggetti indicati nell'art. 2 della stessa legge, tra i quali **non sono comprese** le regioni e le province autonome*”, con ciò riconoscendo direttamente una certa autonomia della stesse nella materia della qualificazione delle imprese.

Anche in questo caso, a nostro avviso, la soluzione della *querelle* circa la concreta operatività nei confronti delle regioni del D.P.R. n. 34/2000 può giungere esclusivamente dalla concerta applicazione dei principi generali in materia di rapporto gerarchico fra le diverse fonti normative.

⁷⁸ Norma dalla quale, come sopra visto, si è inteso trarre il principio della unicità del sistema di qualificazione delle imprese.

Ad un primo impatto la formulazione del dato testuale dell'art. 8 della legge n. 109/94 pare corretta; il riferimento alla considerazione che l'art. 2 della legge non trovi applicazione alle regioni per escludere l'operatività nei confronti delle stesse del sistema di qualificazione delineato dal legislatore statale non sembra, quanto meno nel caso di specie, condivisibile. La definizione di “lavori pubblici” contenuta nella citata disposizione normativa ha una valenza oggettiva che ne giustifica l'operatività nei confronti di qualsivoglia stazione appaltante sia essa statale o regionale. La propugnata unicità del sistema di qualificazione può, quindi, essere considerata un principio recato dalla legge quadro, ma essa va necessariamente posta in correlazione con un altro principio, sempre estrinsecato dall'art. 8, 2° comma della legge n. 109/94, in forza del quale l'istituzione del sistema di qualificazione dovrà essere effettuata “*tenendo conto della normativa vigente in materia*”. A nostro avviso con il predetto inciso, il principio dell'unicità è stato dal legislatore relativizzato sotto il profilo soggettivo imponendo al Governo di tenere nella debita considerazione la normativa già vigente nella quale, ovviamente, rispetta anche quella regionale.

Il quadro normativo impone, dunque, una regolamentazione complessa della materia della qualificazione alla quale anche le regioni possono apportare contributi. Sotto questo profilo trova una sua *ratio* anche il disposto di cui all'art.8, 8° comma, della legge n. 109/94 che vieta *ai soli soggetti di cui all'art. 2 della legge*⁷⁹ l'utilizzazione degli albi speciali o di fiducia, tenendo conto della diversa disciplina vigente nelle regioni.

Non è, dunque, in discussione il principio dell'unicità del sistema di qualificazione, ma le modalità con le quali lo stesso è stato realizzato; il D.P.R. n. 34/2000, proprio in quanto fonte normativa di rango secondaria, non potrà mai *ex se* prevalere sulle vigenti leggi regionali. La legge n. 109/94, pur propugnando l'unicità del sistema di qualificazione, non autorizza assolutamente il regolamento a sostituirsi alla vigente normativa regionale nella materia, anzi fa

⁷⁹ E non quindi alle regioni..



gravare su quest'ultimo l'obbligo di tenerne debitamente conto. È quindi la portata generalizzante dell'art. 1, 2° comma, del D.P.R. n. 34/2000 a non poter essere accettata in quanto un regolamento governativo non può abrogare le leggi regionali e sostituirsi ad esse.

Il legislatore tende ad un sistema di qualificazione che sia coordinato e coordinabile con le leggi già vigenti nella materia e non abrogate; pertanto ben dovranno le regioni a statuto ordinario riorganizzare il proprio sistema di qualificazione delle imprese incentrandolo sul nuovo principio generale della certificazione di qualità, ma non per questo potranno ritenersi vincolate alle prescrizioni del D.P.R. n. 34/2000.

Né, d'altra parte potrebbe giustificare tale vincolo la circostanza - pur rilevata nella relazione del regolamento oggetto di discussione - che la commissione consultiva di cui all'art. 8, 3° comma, della legge n. 109/94 sia composta anche da rappresentanti della Conferenza dei Presidenti delle regioni e delle province autonome; è chiaro, infatti, che la rappresentanza delle regioni a tale commissione è da sola insufficiente a sanare la summenzionata violazione dei principi generali in materia di gerarchia delle fonti normative.

Per quanto concerne il richiamato art. 93, 1° comma, lett. f) del D.Lgs. n. 112/98 si è già avuto modo di precisare che esso, rispondendo all'esigenza di attuare il principio di sussidiarietà comporta un trasferimento di funzioni amministrative dallo stato alle regioni che non è rispettoso del "parallelismo" di queste ultime con le funzioni legislative si come propugnato dall'art. 118 della Costituzione; in sostanza il D.Lgs. n. 112/98 interviene sulle sole competenze amministrative senza intaccare quelle legislative. E' di tutta evidenza, dunque, che esso pur riservando allo stato la regolamentazione (e la vigilanza) del sistema di qualificazione non può certo opporsi al precetto di cui all'art. 117 Cost. che demanda una potestà legislativa "concorrente" alle regioni in un settore, quale quello dei lavori pubblici di interesse regionale, comprensivo anche della qualificazione delle imprese.

Ancora più problematico è il discorso per quanto concerne le regioni a statuto speciale, in quanto per queste ultime va considerata anche la circostanza che lo statuto è approvato con legge costituzionale. Dunque, se lo statuto demanda alla regione la regolamentazione della materia della qualificazione (configurando una potestà legislativa primaria) resterà privo di efficacia qualsiasi intervento abrogativo non solo da parte della fonte regolamentare, bensì anche da parte della legge ordinaria, essendo necessaria una legge di rango costituzionale⁸⁰. Di questo aspetto, secondo noi, il legislatore nazionale era ben consapevole solo che si guardi all'obbligo posto in capo al Governo di tenere in conto la normativa vigente in materia, nonché la circostanza che l'abolizione degli albi speciali (art. 8, 8° comma) è stata prevista per i soli soggetti di cui all'art. 2 e non quindi anche per le regioni.

In conclusione va chiarito che il sistema di qualificazione di cui all'art. 8 della legge è “unico” ma non “esclusivo” come lascerebbe intendere il dettato normativo di cui all'art. 1, 2° comma, del D.P.R. n. 34/2000⁸¹; si caratterizza quindi per l'integrazione. La sua configurazione sarà determinata attraverso l'integrazione tra la normativa statale e quella regionale, e non certamente attraverso l'esclusione di quest'ultima.

⁸⁰ Ad es. la regione Sardegna con la circolare n. 4761 del 17.03.2000 dell'assessore dei ll.pp. ha rilevato che l'art. 3 dello statuto regionale, approvato con legge costituzionale 26.02.1948, n. 3, demanda alla regione la potestà legislativa primaria nella materia dei lavori pubblici di esclusivo interesse regionale ammettendo, ai sensi del successivo art. 27 del medesimo statuto, l'intervento statale nel solo caso di mancata regolamentazione.

⁸¹ Un elemento è unico se è il solo esistente del suo genere, mentre è esclusivo quando esclude gli altri; sembra chiaro che la formazione di un sistema unico non preclude che alla base della sua formazione vi sia la considerazione di altri sistemi analoghi, circostanza che il legislatore sembra avere previsto con l'inciso “tenendo conto della normativa vigente in materia”.

7. I soggetti ammessi alle gare (artt. 10, 11, 12 e 13, legge n. 109/94)

L'ambito di applicazione della norma di cui all'art. 10 della legge n. 109/94 è stato notevolmente ampliato dal legislatore. Per quanto di nostro interesse soffermeremo l'attenzione principalmente sul comma 1 – *bis* del predetto articolo 10 si come introdotto dall'art. 3, comma 1, della legge 18.11.1998, n. 415. Tale norma testualmente dispone: “*Non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile*”. Essa introduce nell'ordinamento giuridico interno una regola che, qualora si considerino i principi ai quali si relaziona, deve ritenersi applicabile anche alle regioni.

Va innanzitutto rilevato che la norma in esame trova, nella sua generalità, puntuale specificazione in altre disposizioni della legge quadro e precisamente: a) nell'art. 12, 5° comma, relativo al divieto di partecipazione, nella medesima procedura di affidamento dei lavori, del consorzio stabile e dei consorziati; b) nell'art. 13, 4° comma relativo al divieto posto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un'associazione temporanea o consorzio.

Ad un orientamento inizialmente permissivo relativamente all'ammissione della partecipazione alla medesima gara di imprese fra loro collegate o controllate se ne è successivamente sostituito – nella prassi delle stazioni appaltanti e nella giurisprudenza del Consiglio di Stato – uno sostanzialmente negativo basato sulla considerazione che tale ammissibilità violasse i principi della libera concorrenza e della *par condicio* fra i concorrenti.

Le stazioni appaltanti venivano quindi legittimate, pur in assenza di qualsivoglia previsione normativa, ad inserire nella *lex specialis* della gara clausole limitative della partecipazione delle imprese che versassero nelle condizioni di controllo e di collegamento. La legittimità di tale esclusione trovava sostegno anche nell'art. 1 – *ter* della Direttiva CEE n. 89/440 – recepito dall'art. 4 del D.Lgs. n.

406/91 – che impone l’obbligo al concessionario di costruzioni di non affidare ad imprese ad esso collegate la quota di lavori che, in base alla legge o al bando, il concessionario stesso deve affidare a terzi.

L’accertamento circa la sussistenza di una situazione di controllo o di collegamento fra imprese partecipanti alla medesima gara non può essere presunta, ma richiede, invece, una sua concreta ed effettiva configurazione desumibile dall’individuazione di un unico centro decisionale in capo alle stesse. E’ esaustiva – quale esemplificazione del costante orientamento giurisprudenziale sul punto - la recente pronuncia della IV Sez. del Consiglio di Stato che, con sentenza n. 16 del 12.01.1999⁸² ha statuito: *“Anche se l’accordo fra imprese o la situazione di raggruppamento (in forma di partecipazioni incrociate, di controlli o di altri tipi di coordinamento o anche di dominio) è vicenda societaria diffusa, in quanto consente di utilizzare il potenziale economico delle imprese interessate senza ricorrere allo strumento della fusione, è illegittima l’esclusione dalla gara per l’aggiudicazione di un appalto della Pubblica Amministrazione di società collegate e solo perché collegate, atteso che il gruppo non costituisce un soggetto (o comunque un centro di interessi) autonomo rispetto alle società collegate, le quali mantengono la loro piena autonomia ed indipendenza sul piano giuridico”*. E’ dunque bene – la sentenza sotto tale profilo è esemplificativa – che l’accertamento di una situazione di collegamento tale da escludere l’autonomia delle imprese concorrenti alla medesima gara ed idoneo a ricondurre le stesse ad un univoco centro decisionale sia concreto e univoco; univocità che non è certamente dimostrata dalla sola esistenza di un “gruppo”⁸³ in quanto quest’ultimo non costituisce un soggetto autonomo rispetto alle società collegate.

Ora tali profili sono stati recepiti dall’art. 3, 1° comma, della legge n. 415/98 che, nell’integrare l’art. 10 della legge n. 109/94, ha introdotto il menzionato art. 1 –bis che non solamente ha recepito il divieto di partecipazione alla medesima gara delle imprese

⁸² In *“Massimario completo della giurisprudenza del Consiglio Di Stato”*, 1999, 17.

⁸³ Nello stesso senso Cass. 26.02.1990, n. 1434, in massimario C.e.d. della Corte di Cassazione.

“collegate”, ma ha anche tipizzato tali forme di collegamento richiamando l’art.2359 del codice civile.⁸⁴

Non ci si soffermerà sulle situazioni di collegamento tipizzate dal predetto articolo⁸⁵, mentre necessario è chiarire quali siano i principi fondamentali ai quali il legislatore ha inteso dare attuazione attraverso la citata norma al fine di riscontrare il fondamento della sua concreta applicazione anche alle regioni.

Il sistema della gara pubblica, si come informato dai principi comunitari ed interni, presuppone per il suo regolare funzionamento una posizione di effettiva e reciproca concorrenza fra le imprese partecipanti in guisa da scongiurare l’ipotesi che mediante accordi interni, ne sia alterata la regolarità; “una situazione ingenerante effetti distorsivi sul mercato e, dunque, in grado di arrecare pregiudizio alla libertà di concorrenza e di *par condicio* tra i partecipanti, è tale anche se non sconfina in fattispecie di reato”⁸⁶. Come già anticipato sopra, l’associazionismo fra più imprese è sicuramente espressione delle dinamiche di sviluppo dell’imprenditoria privata ed in quanto tale - nella sua naturalità - non può essere represso; deve, però, essere controllato e regolamentato in quanto in grado di determinare alterazioni del sistema e delle regole - di matrice interna e comunitaria - di trasparenza, tempestività e correttezza che lo sorreggono. Ora, considerando che proprio a tale controllo è diretto l’art. 10, 1° comma bis della legge n. 109/94 e che è indiscutibile la vincolatività anche per

⁸⁴ Recita l’art.2359 c.c.: “Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un’altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria; 2) le società in cui un’altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un’altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai fini dell’applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Sono considerate collegate le società sulle quali un’altra società esercita un’influenza notevole. L’influenza si presume quando nell’assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa”.

⁸⁵ Sul punto si vedano gli esaustivi chiarimenti resi dall’Autorità di vigilanza sui LL.PP. nella regolazione n. 27 del 09.06.2000.

⁸⁶ Così l’Autorità di Vigilanza sui ll.pp. nella regolazione n. 27 del 09.06.2000, che, fra l’altro, dispone che: “La disposizione contenuta nell’art. 10, comma 1 bis. assume, nell’ordinamento generale carattere di norma imperativa in quanto posta a tutela dell’ordine pubblico economico.”.



le regioni dei principi tutelati da quest'ultima norma, va da se che anche la statuizione recata, in quanto espressione appunto di principi generali, sarà vincolante anche per queste ultime.

E' necessario chiarire, inoltre, che l'intervento del legislatore della "Merloni -ter" era diretto a dare certezze circa l'individuazione delle fattispecie di controllo legittimanti l'esclusione delle imprese concorrenti; di conseguenza il divieto di cui all'art. 10, 1° comma - *bis* della legge n. 109/94 è da considerarsi esclusivamente riferito alle società che fra loro si trovino in una situazione tipizzata *ex art.* 2359 c.c. dovendosi ritenere illegittima la clausola del bando di gara che escluda dalla procedura concorsuale una impresa partecipante in condizioni diverse rispetto a quelle previste dalla citata norma. Configurandosi l'esclusione dalla gara delle imprese collegate come una vera e propria sanzione, è necessario anche ritenere che la previsione delle predette cause di esclusione esorbiti dalla competenza legislativa delle regioni in quanto la materia sanzionatoria restrittiva, *lato sensu*, della libertà personale rientra nell'ambito della potestà legislativa statale. È bene rilevare che, anche a non voler ritenere la misura sanzionatoria applicabile alle regioni, non si rinvengono rimedi ulteriori alla situazione di alterazione della *par condicio* fra i concorrenti che quello dell'esclusione delle imprese collegate.

Alcune precisazioni sono poi necessarie in riferimento al comma 1 - *ter* del più volte citato art. 10 della legge n. 109/94 il quale dispone: "*I soggetti di cui all'art. 2, comma 2, possono prevedere nel bando la facoltà, in caso di fallimento o di risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'originario appaltatore, di interpellare il secondo classificato al fine di stipulare un nuovo contratto per il completamento dei lavori alle medesime condizioni economiche già proposte in sede di offerta. I soggetti di cui all'art. 2, comma 2, in caso di fallimento del secondo classificato, possono interpellare il terzo classificato e, in tal caso, il nuovo contratto è stipulato alle condizioni economiche offerta dal secondo classificato*".

Il riferimento delle summenzionate disposizioni esclusivamente ai soggetti indicati dall'art. 2, 2° comma della legge quadro



escluderebbe la possibilità di ritenere le stesse applicabili anche alle regioni solo che si consideri il fatto che la Corte Costituzionale ha escluso queste ultime dal novero dei soggetti ivi indicati. È pur vero, però, che se correlata a quanto detto circa il 1° comma bis dell'art. 10, tale esclusione lascia perplessi in quanto la disposizione, sicuramente indirizzata a soddisfare i principi dell'efficienza ed efficacia dell'azione della p.a., avrebbe potuto trovare applicazione anche per le regioni. E' bene comunque precisare che il vero principio recato dalla norma in esame ci sembra possa essere individuato nella possibilità di aggiudicare la gara al secondo ed addirittura al terzo classificato; quello che non si comprende è la limitazione di tale facoltà ai soli casi di fallimento o di risoluzione per grave inadempimento dell'appaltatore. Nell'ottica di tale interpretazione, ci sembra di poter ammettere la vincolatività per la normativa regionale del principio dell'aggiudicazione della gara al secondo oppure al terzo classificato, ma senza la limitazione casistica esperita dalla legge n. 109/94.

Inapplicabile alle regioni è invece il successivo comma 1 - quater relativo al controllo a campione circa i requisiti di idoneità delle imprese per la partecipazione alla gara. Non solo perchè anche questa norma è riferita dal legislatore ai soggetti di cui all'art.2, 2° comma, ma principalmente perché aggrava indiscutibilmente la procedura amministrativa, ponendosi addirittura in contrasto con il propugnato principio dell'efficienza dell'azione pubblica.

Per quanto concerne i singoli soggetti ammissibili alle gare il legislatore dà in via generale una loro elencazione ai sensi dell'art. 10, 1° comma della legge n. 109/94, provvedendo successivamente ad una disamina dettagliata delle figure più complesse ossia dei consorzi (art. 11 e 12) e delle riunioni di concorrenti (art.13).

In merito alle norme da ultimo citate e con riferimento all'individuazione di eventuali principi applicabili alle regioni, bisogna distinguere i profili di disciplina relativi all'inquadramento della figura soggettiva da quelli riguardanti la qualificazione legittimante la partecipazione alla gara pubblica.

Con riferimento al primo profilo l'art. 11 della L. n.109/94 fa riferimento ai soggetti di cui all'art. 10, 1° comma, lettera b) e c) della medesima legge ossia:

- a) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge n. 422/1909 e successive modificazioni e i consorzi fra imprese artigiane di cui alla legge n. 443/1985;
- b) i consorzi stabili costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615 - *ter* del codice civile, tra imprese individuali, anche artigiane, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'art. 12 della medesima legge.

A sua volta l'art. 13 disciplina, fra l'altro, anche la partecipazione alle procedure di affidamento delle "riunioni di concorrenti" costituite dalle imprese individuali, i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e i consorzi stabili costituiti anche da società consortili ai sensi dell'art. 2615 - *ter*, i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato capogruppo, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti.

Per quanto concerne le figure soggettive sub a) (di cui la disciplina fondamentale è contenuta nelle leggi n. 422/1909 e n. 649/1967) il legislatore ha, evidentemente, inteso favorire la costituzione di tali consorzi al fine di agevolare - limitatamente al settore dei ll.pp. - le esigenze di alcune particolari categorie sociali⁸⁷. Parte della dottrina⁸⁸ ha parlato di "cooperative di secondo grado" evidenziando che nelle predette cooperative si viene a "sommare" un duplice scopo mutualistico ossia quello del consorzio e quello delle cooperative consorziate. Il consorzio ha una propria personalità

⁸⁷ Si veda TAR Emilia Romagna, sentenza n. 497/1989, in *TAR*, 1990, 203 che evidenzia tale regime di favore per i consorzi costituiti dalle cooperative di produzione e lavoro avendo riguardo al subappalto.

⁸⁸ R. Titomanlio nel commento all'art.11 della legge n. 109/94 in "*La legge quadro*" cit. a cura di A. Carullo e A. Clarizia

giuridica, presta alle cooperative un servizio consistente nell'acquisizione di appalti in nome proprio, ma per conto delle cooperative con le quali viene, dunque ad instaurarsi un vero e proprio rapporto organico.

Per quanto concerne i soggetti di cui alla lettera sub b) (consorzi stabili) essi possono partecipare alle gare d'appalto sia nelle forme di cui all'art. 2602 e ss. del Codice Civile, sia nelle forme delle società consortili di cui all'art. 2615 *-ter* dello stesso Codice. Il concetto di stabilità del consorzio è enucleabile dal fatto che esso deve essere formato da almeno tre soggetti appartenenti alle categorie individuate dall'art. 10 della legge n. 109/94 che abbiano deciso di operare in modo congiunto nel settore per un periodo di tempo non inferiore ai cinque anni, in forza di una autonoma struttura di impresa. Come i consorzi fra cooperative, anche i consorzi stabili hanno autonoma personalità giuridica, distinta da quella delle imprese componenti e si pongono quale unica controparte della p.a. In buona sostanza l'elemento che qualifica tale tipologia di consorzio è la *stabilità* sotto il profilo organizzativo e temporale.

La figura soggettiva della “riunione dei concorrenti” trova, invece, la sua *ratio* giustificatrice nel fatto che, “nel passaggio da un'economia nazionale ad un'economia continentale, lo scambio collaborabile fra le imprese costituisce un passaggio obbligato per l'accesso delle imprese comunitarie al mercato europeo degli appalti”.⁸⁹

La riunione in esame ha il suo strumento giuridico essenziale nel contratto di mandato; mandato che si caratterizza per essere collettivo, speciale e con rappresentanza e che deve essere rilasciato all'impresa capogruppo prima della presentazione dell'offerta ovvero - sulla scorta di quanto previsto dall'art. 13, 5° comma, della legge n. 109/94 - anche successivamente; in questo ultimo caso le imprese mandanti devono indicare, già in sede di presentazione dell'offerta, l'impresa mandataria. L'elemento che differenzia la “riunione” dalle precedenti

⁸⁹ In questo senso R. Damonte, nel commento all'art.13 della legge n. 109/94 in “*La nuova legge quadro sui lavori pubblici*”, commentario a cura di F. Caringella, 1999, 349.



categorie soggettive risiede principalmente nel fatto che essa, diversamente dai consorzi, non dà luogo ad un nuovo soggetto di diritto distinto dalle singole imprese, ma esclusivamente ad un'entità di fatto la cui unitarietà è temporaneamente circoscritta allo svolgimento della gara d'appalto. Sul piano giuridico una riunione temporanea di imprese è caratterizzata, quindi, dalla sussistenza di un contratto di mandato collettivo e dall'assenza di una stabile organizzazione.

Venendo, ora, alla problematica che più da vicino ci interessa, sembra poter riconoscere che per le finalità perseguite, le figure soggettive sopra descritte siano a tutti gli effetti legittimate ad operare anche nell'affidamento di appalti di interesse regionale; è opportuno precisare, però, che le regioni non possono ritenersi vincolate dall'elencazione soggettiva di cui all'art. 10 della legge n. 109/94 potendo esse prevedere, nell'ambito dell'autonomia legislativa loro concessa dall'art. 117 della Costituzione, ulteriori istituti e/o figure soggettive alle quali consentire l'ammissione alle gare. Tale asserzione è supportata non solamente da argomentazioni giuridiche, ma anche da precise constatazioni di fatto.

Sotto il profilo squisitamente giuridico, una eventuale configurazione tassativa dell'elencazione soggettiva di cui all'art. 10 della legge n. 109/94 non sembra essere funzionale alla soddisfazione di alcun principio fondamentale posto alla base della legge n. 109/94. Va altresì considerato che alcune regioni⁹⁰ – proprio con riferimento alle riunioni temporanee di imprese – le avevano autonomamente ammesse alla partecipazione alle gare già prima dell'entrata in vigore della legge n. 584/77⁹¹. È dunque evidente che su questo aspetto le regioni hanno piena autonomia normativa e non possono, quindi, ritenersi vincolate dalle previsioni del legislatore nazionale. Alcune precisazioni sono, invece, necessarie sotto il profilo della qualificazione delle medesime figure soggettive.

⁹⁰ È il caso della Regione Toscana: art. 12 della legge n. 32/1976; della Provincia Autonoma di Bolzano: art. 18 L. n. 26/1976; della Regione Lazio: art. 8 L. n. 59/1976; della Regione Campania: art. 13 L. n. 10/1977.

⁹¹ Legge che per la prima volta introduce a livello nazionale l'istituto della riunione temporanea di imprese (artt. 20 – 23).

Si sono sopra esaminate le ragioni per le quali si ritiene che il 1° comma – *bis* dell’art. 10 della legge n. 109/94 sia sostanzialmente funzionale alla soddisfazione di un principio generale ed in quanto tale vincolante anche per le regioni; ora, considerando che alcune norme contenute negli artt. 12 e 13 della medesima legge rappresentano attuazione, con riferimento alle specifiche soggettive, del precetto di cui sopra, anche queste ultime devono ritenersi fondatamente funzionali all’attuazione del medesimo principio⁹² ed in quanto tali vincolanti per le regioni.

È questo il caso del 5° comma dell’art. 12 della legge n. 109/94⁹³ che dispone: “È vietata la partecipazione alla medesima procedura di affidamento dei lavori pubblici del consorzio stabile e dei consorziati. In caso di inosservanza si applica l’art. 353 del codice penale. È vietato ai singoli partecipanti ai consorzi stabili costituire tra loro o con terzi consorzi o associazioni temporanee ai sensi dell’art. 10, comma 1, lettere b), d) e) ed e -bis), nonché più di un consorzio stabile”. Ritenendosi qui richiamato quanto già detto in sede di commento del comma 1 – *bis*, dell’art. 10 della legge quadro, va comunque sottolineata l’evidente identità di *ratio* che, con quest’ultima, presenta la norma in esame; essa è difatti volta a garantire la *par condicio* fra i concorrenti alla gara, nonché la trasparenza ed in generale la regolarità della stessa, prevenendo *ab origine* fenomeni perturbatori.

Ovviamente il medesimo profilo finalistico è rinvenibile nel 4° comma dell’art. 13 della legge n. 109/94⁹⁴ che testualmente dispone: “È fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un’associazione temporanea o consorzio di cui all’art. 10, comma 1, lettere d) ed e) ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbiano partecipato alla gara medesima in associazione o consorzio. I consorzi di cui all’art. 10, comma 1, lettera b) e c) sono tenuti ad indicare in sede di offerta, per quali

⁹² Precisamente il principio della *par condicio* dei concorrenti, nonché della regolarità delle procedure di gara.

⁹³ Si come modificato dall’art. 5 – *ter*, D.L. n. 101/1995, convertito nella legge n. 216/1995.

⁹⁴ Si come modificato dall’art. 9, 23° comma, della legge 18.11.1998, n. 415.



consorziate il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara”.

Non possono ritenersi vincolanti per le regioni, invece, le ulteriori prescrizioni normative afferenti alla qualificazione delle varie tipologie di consorzi e della riunione di concorrenti facenti riferimento al regolamento di cui all'art. 8 della legge quadro (D.P.R. n. 34/2000) in quanto, come già sopra detto, tale regolamento non può ritenersi loro applicabile.

Alcune considerazioni si rendono opportune per quanto concerne l'art. 11 della legge n. 109/94 così come modificato dall'art. 9, comma 21, della legge n. 415/98. L'originaria formulazione normativa impediva il trasferimento, ai fini della qualificazione, in capo al consorzio dei requisiti posseduti dai soggetti consorziate⁹⁵, mentre l'intervento dell'art. 9 della “Merloni - *ter*” consente che almeno i requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera nonché dell'organico medio annuo ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate siano computati cumulativamente in capo al consorzio. La norma nel suo nucleo essenziale pare essere diretta attuazione del principio della *par condicio* dei concorrenti solo che si pensi che il consorzio, pur possedendo i requisiti di qualificazione in capo ai singoli consorziate, non poteva precedentemente essere ammesso alla gara.

⁹⁵ Disponeva testualmente la versione dell'art. 11 della legge n. 109/94 antecedente alle modifiche di cui alla legge n. 415/98: “I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei lavori ai soggetti di cui all'art. 10, comma 1, lettere b) e c), devono essere riferiti ai consorzi e non alle singole imprese consorziate”.

8. La programmazione (art. 14, legge n. 109/94)

Secondo l'articolo 14 della legge quadro, l'attività di realizzazione dei lavori pubblici si svolge sulla base di un programma triennale e dei suoi aggiornamenti annuali.

Esso è redatto, secondo l'articolo 14, comma 1, dalle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, dagli enti pubblici, compresi quelli economici, dagli enti e dalle amministrazioni locali, dalle loro associazioni e consorzi nonché dagli altri organismi di diritto pubblico⁹⁶, che lo predispongono ed approvano, nel rispetto dei documenti programmatici, già previsti dalla normativa vigente, e della normativa urbanistica, unitamente all'elenco dei lavori da realizzare nell'anno stesso.

Questa previsione costituisce un principio basilare all'interno del panorama normativo riguardante i lavori pubblici, e, come avviene per le normative riguardanti la programmazione, tecnica o economica che essa sia, si articola in proposizioni prescrittive che hanno la funzione di orientare e coordinare l'attività dei soggetti pubblici o privati ai quali sono rivolte.

Il programma triennale, sulla cui base si svolge l'attività di realizzazione dei lavori pubblici, è un atto amministrativo generale che ha quali destinatari una pluralità di soggetti non determinabili *ex ante*, bensì *ex post*.

A tal proposito va ricordato che per l'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi ed amministrativi generali, l'art. 3, comma 2, della legge 241/90, esonera dall'obbligo di motivazione, previsto invece per ogni altro provvedimento amministrativo dal comma 1 dello stesso articolo.

La redazione del programma triennale è espressamente attribuita ai soggetti di cui all'art. 2, 2° comma, lett. a) della legge n. 109/94;

⁹⁶ I soggetti tenuti a predisporre il programma triennale ed i suoi aggiornamenti annuali sono indicati nell'art. 2, comma 2, lett. a) della legge 109/94, secondo il rinvio dell'art. 14, comma 1.

orbene fra i soggetti elencati dalla predetta norma sono ricomprese le amministrazioni dello Stato agli enti pubblici e le amministrazioni degli enti locali (art. 14, comma 1, l. 109/94), ma non - almeno sulla scorta della menzionata interpretazione che della norma ha fatto la Corte Costituzionale - le regioni. Assume quindi rilevanza sapere fino a che punto queste ultime debbano attenersi alla struttura prevista dal legislatore statale in materia.

La programmazione si articola, da un punto di vista strutturale, in tre diversi momenti:

1. la determinazione di obiettivi tra loro compatibili e la valutazione delle strategie alternative per il loro conseguimento;
2. l'indicazione delle risorse, dei centri di responsabilità, dei procedimenti e dei tempi di attuazione;
3. la misurazione e la valutazione dei risultati.

Così definito sotto il profilo contenutistico, il documento di programmazione si configura come un fondamentale elemento di raccordo e di sostanziale continuità fra la fase "politica" di determinazione degli indirizzi dell'amministrazione e quella "burocratica" della loro attuazione; fasi nelle quali il legislatore - a partire dalla legge n. 59/97 - ha delineato l'azione dell'amministrazione pubblica. L'indirizzo politico deve, infatti, essere attuato nel pieno rispetto delle esigenze strutturali e finanziarie dell'ente pubblico, nonché delle direttive tecniche dettate dagli organi competenti. Tali elementi trovano sintesi nel documento di programmazione.

È pertanto pienamente condivisibile quanto asserito da parte della dottrina⁹⁷ che ha individuato nella programmazione e nel suo carattere vincolante un "*metodo di amministrazione*" che contribuisce

⁹⁷ Per tutti si veda D. Senzani nel commento all'art. 14 della legge n. 109/94 in "*La legge quadro in materia di lavori pubblici*" (a cura di Carullo - -Clarizia), 464.



a definire la stessa attività amministrativa come “*amministrazione di missione*” o “*amministrazione di obiettivi*”⁹⁸ ossia sistema coordinato e funzionalizzato al raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Lo scopo della programmazione triennale nel settore dei lavori pubblici è quello di identificare gli obiettivi di rilevanza pubblicistica alla cui realizzazione l’amministrazione deve tendere ponendo in essere gli interventi necessari. Assume un carattere preliminare, quindi, l’attività di identificazione e di quantificazione di tali obiettivi rispetto a quella, strumentale, di definizione delle caratteristiche dei lavori.

Ebbene, la scelta (politica) degli obiettivi si pone come attività ampiamente discrezionale, vincolata soltanto nel fine, che è quello del perseguimento degli interessi pubblici. Scelta che è soggetta, oltretutto, ad un sindacato di legittimità illimitato, in quanto priva dell’obbligo di motivazione, rientrando la programmazione nell’ambito degli atti amministrativi generali, come si è detto.

L’individuazione delle caratteristiche dei lavori, viceversa, risulta attività “procedimentalizzata” dal legislatore, ossia vincolata da una serie di elementi strutturali e contenutistici. La legge quadro indica, infatti, all’art. 14, comma 3, la necessità che il programma triennale debba prevedere un ordine di priorità tra le categorie di lavori, nonché un ulteriore ordine di priorità all’interno di ogni categoria, e definisce come comunque prioritari i lavori di manutenzione, di recupero del patrimonio esistente, di completamento dei lavori già iniziati, nonché gli interventi per i quali ricorra la possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario. In questo modo nella redazione del programma triennale viene limitata fortemente la discrezionalità delle amministrazioni, e non solo: alla redazione deve infatti corrispondere esattamente la fase operativa di realizzazione delle opere che sarà anch’essa, pertanto, vincolata al rispetto di tali priorità. Se, infatti, il programma è predisposto secondo modalità vincolate, esse devono essere rispettate nella fase operativa.

⁹⁸ In tal senso M.S. Giannini, “*Organi (Teoria generale)*”, in Enc. del Diritto, XXXI, 37.



Il comma 4 dello stesso articolo stabilisce espressamente, infatti, che i soggetti indicati al comma 1, nel dare attuazione ai lavori previsti dal programma triennale, debbano rispettare le priorità ivi indicate. Le uniche eccezioni previste sono legate ad interventi imposti da eventi imprevedibili o calamitosi, nonché a modifiche dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari ovvero da altri atti amministrativi adottati a livello statale o regionale.

La rigidità del programma triennale è tuttavia attenuata dalla previsione, di cui al comma 1 dell'art. 14, di un elenco annuale in cui sono indicati i lavori da realizzare nell'anno stesso. L'indicazione dei mezzi finanziari da impiegare nell'attività di realizzazione dei lavori pubblici deve avvenire al momento dell'approvazione di tale elenco, che a sua volta è approvato unitamente al bilancio preventivo, di cui costituisce parte integrante (art. 14, comma 9).

Ora, proprio la vincolatività delle previsioni programmatiche è stata additata da alcune regioni⁹⁹ quale requisito lesivo della propria autonomia in quanto impedirebbe alle stesse di determinarsi, nella materia, diversamente. Sul punto va rimarcato che la particolare finalità di indirizzo, secondo criteri oggettivi, attribuita dal legislatore alla programmazione triennale deve sicuramente annoverarsi fra i principi fondamentali della legislazione in materia di lavori pubblici. Con essa, infatti, si va a soddisfare l'esigenza di individuare le opere effettivamente realizzabili dall'ente pubblico territoriale con riferimento non solamente agli interessi ed ai bisogni della collettività di riferimento, bensì anche ai costi da sostenere e conseguentemente alle risorse finanziarie da impegnare; "il metodo della programmazione triennale delle opere pubbliche è, dunque, collegato al rispetto dei principi generali fissati dall'art. 1 della legge"¹⁰⁰ ed in quanto tale vincolante anche per le regioni non ledendone né ostacolandone l'autonomia. Fatto salvo, dunque, il principio della programmazione, è bene precisare che in alcun modo l'art. 14 della legge n. 109/94 può ostacolare la potestà legislativa regionale in materia di programmazione; la norma in esame configura, infatti, uno

⁹⁹ Emilia -Romagna, Lombardia e Toscana.

¹⁰⁰ Così la Corte Costituzionale nella sentenza n. 482/95.



strumento elastico ed in quanto tale aperto a determinazioni aggiuntive che, eventualmente, le regioni intendessero apportarvi.

Sul punto la stessa formulazione normativa di cui al comma 7° dell'art. 14 riconosce alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di discostarsi dalle priorità fissate nel programma triennale qualora vi siano modifiche dipendenti da nuove disposizioni di legge o da atti amministrativi, anche a livello regionale. Né, d'altra parte, potranno ritenersi esclusi gli altri strumenti programmatori pur previsti dalla vigente normativa regionale in quanto - come confermato dalla Consulta nella citata sentenza n. 482/95 - *“la definizione di uno schema tipo di programma triennale, a carattere orientativo, emanato con decreto del Ministro dei ll.pp. (art. 14, comma 5), risponde all'esigenza di omogeneità ed uniformità nella definizione, nell'acquisizione e nell'elaborazione di elementi conoscitivi e di dati, lasciando integra l'autonomia di determinazione nella programmazione triennale”*.

In conclusione, se può ritenersi vincolante per le regioni la previsione normativa di cui all'art. 14 nella parte in cui prevede la definizione di uno strumento programmatico idoneo ad indirizzare, sotto il profilo finalistico, l'azione pubblica in quanto strumentale al perseguimento delle finalità di efficienza, efficacia e trasparenza, le stesse regioni devono però considerarsi libere di determinare non solo le finalità da perseguire attraverso l'esecuzione dei lavori pubblici, ancorché differenti rispetto a quelle programmate, ma anche di utilizzare strumenti programmatori ulteriori previsti dalla normativa regionale. Tale impostazione trova avallo nella stesso dato letterale dell'art. 14 che, al 1° comma, pone a carico dei soggetti tenuti all'attività di programmazione l'obbligo del rispetto della *“normativa vigente”*¹⁰¹.

¹⁰¹ E, come già detto in sede di commento dell'art. 8 della legge n. 109/94, nel concetto di *“normativa vigente”* va ricompresa anche la normativa regionale.

9. L'attività di progettazione (artt. 16, 17 e 18, legge n. 109/94)

L'art. 16 della legge n. 109/94 disciplina l'attività di progettazione intesa "come attività di ideazione e definizione di una soluzione tecnica relativa alla produzione di un bene o di un servizio e sua descrizione tramite disegni, specifiche e calcoli che siano sufficienti a permettere la realizzazione del bene o del servizio e, nel caso del bene, anche la sua manutenzione per tutto il ciclo di vita utile"¹⁰²; tale attività si estrinseca nella redazione del progetto.

La legge, nella definizione tecnica di progetto, distingue nettamente tre stadi: preliminare, definitivo ed esecutivo (art. 16, comma 1, l. 109/94).

Tale tripartizione introdotta dalla "Merloni - bis"¹⁰³, è intervenuta a risolvere le carenze della precedente regolamentazione. Tali carenze hanno consentito, in alcuni casi, di espletare gare d'appalto sulla base di progetti che solo *lato sensu* potevano essere definiti "esecutivi", ma che, invece, si configuravano più precisamente come progetti "preliminari" la cui specificazione e messa in opera veniva lasciata all'appaltatore¹⁰⁴. Tutto questo portava al manifestarsi di un'ampia discrasia fra la progettazione originaria e la successiva messa in opera dell'appaltatore con pregiudizio della qualità e della funzionalità dei lavori realizzati ed un appesantimento dell'azione pubblica sia sotto il profilo temporale che sotto quello economico.

Proprio la consapevolezza di tale degenerazione, ha spinto il legislatore - con la legge n. 216/95 - a riformare l'attività di progettazione articolandola in tre livelli di graduale specificità tecnica: preliminare, definitiva, esecutiva¹⁰⁵. Il primo livello (progettazione

¹⁰² In questi termini A. Coletta in commento all'art.16, in "La legge quadro in materia di lavori pubblici", cit., 2000, 502 nota (1).

¹⁰³ La legge n. 216/95 di conversione del D.L. n. 101/95.

¹⁰⁴ Si pensi ai Capitolati speciali pur approvati nel tempo dal Consiglio dei lavori pubblici che demandavano all'appaltatore la specificazione delle caratteristiche tecniche dell'opera.

¹⁰⁵ Con la tripartizione attuata dall'art. 16 della legge n. 109/94 il legislatore italiano si è solo parzialmente adeguato alle normative vigenti in altri paesi quali ad esempio la Gran Bretagna nella

preliminare) che consiste in una relazione **illustrativa** delle ragioni della scelta della soluzione prospettata in base alla valutazione delle eventuali soluzioni possibili, deve “*definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori, il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire*”¹⁰⁶, nonché valutarne i loro costi in rapporto ai benefici previsti. È di tutta evidenza, dunque, che ancorché preliminare, tale livello progettuale dovrà essere in grado di fornire alla p.a. “l’indicazione delle linee generali dei lavori da realizzare”¹⁰⁷, consentendone l’individuazione delle caratteristiche speciali, tipologiche, funzionali e tecnologiche¹⁰⁸.

Il secondo livello (progettazione definitiva) consiste, invece, in una relazione **descrittiva**¹⁰⁹ dei criteri utilizzati per le scelte progettuali, nonché delle caratteristiche dei materiali prescelti e dell’inserimento delle opere sul territorio, nella descrizione delle principali caratteristiche delle stesse e nei calcoli preliminari delle strutture e degli impianti. Esso assolve la finalità specifica di “*individuare compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indennizzi e delle indicazioni stabiliti nel progetto preliminare e contiene tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni ed approvazioni*”¹¹⁰. In sintesi il livello descrittivo che il progetto definitivo deve raggiungere deve essere tale da consentire alle Amministrazioni competenti di effettuare adeguate ponderazioni degli interessi coinvolti dalla realizzazione dei lavori ed emettere i provvedimenti di propria competenza.

quale ad un piano di lavoro articolato in ben dodici fasi segue un’articolazione dell’attività progettuale in ben cinque livelli!

¹⁰⁶ Art. 16, 3° comma, legge n. 109/94.

¹⁰⁷ Così A. Cianflone, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1999, 330.

¹⁰⁸ Il progetto preliminare, pertanto, ha un grado di completezza sicuramente maggiore rispetto al “vecchio” progetto di massima volto, invece, alla definizione della sola “idea progettuale”.

¹⁰⁹ Si noti la diversità terminologica - di per se stessa idonea a porre in risalto la diversità contenutistica dei livelli progettuali - che il legislatore usa nel definire la progettazione definitiva rispetto a quella preliminare; mentre quest’ultima infatti consiste in una relazione illustrativa, la prima consiste in una relazione descrittiva.

¹¹⁰ Art. 16, 4° comma, legge n. 109/94.



Il terzo livello (progetto esecutivo), redatto in conformità al progetto definitivo, è costituito dall'insieme delle relazioni, dei calcoli esecutivi delle strutture e degli impianti e degli elaborati grafici nelle scale adeguate, compresi gli eventuali particolari costruttivi, dal capitolato speciale di appalto, prestazionale o descrittivo, dal computo metrico estimativo e dall'elenco dei prezzi unitari. Con esso il progettista deve *“determinare in ogni dettaglio i lavori da realizzare ed il relativo costo previsto e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo”*¹¹¹. In buona sostanza il progetto esecutivo è quello strumento che consente materialmente di realizzare un collegamento fra il progettista e l'esecutore dell'opera. Il progetto esecutivo deve raggiungere un tale grado di dettaglio nella descrizione dell'opera tale da non consentire all'appaltatore una sua successiva valutazione se non limitatamente alle circoscritte ipotesi di “varianti” di cui all'art. 25 della legge n. 109/94.

La previsione di crescenti livelli di dettaglio del progetto consente, quindi, di addivenire ad un elaborato finale in grado di delineare con sufficiente precisione gli aspetti tecnici relativi alla realizzazione dell'opera garantendo, al contempo, una migliore qualità della stessa ed uno snellimento, in termini procedurali ed economici, dell'azione della pubblica amministrazione.

Il perseguimento delle summenzionate finalità legittimano la diretta applicabilità della norma di cui all'art. 16 della legge n. 109/94 - quanto meno relativamente al suo nucleo essenziale individuabile nella obbligatoria tripartizione dei livelli progettuali - anche alle regioni. Tale assunto trova conferma anche nella sentenza n. 482/95 nella quale la Consulta ha affermato che: *“questa articolazione”*¹¹² *è essenziale per assicurare, con il progetto esecutivo, l'eseguibilità dell'opera ed è ritenuta indispensabile per rendere certi i tempi ed i costi di realizzazione”,* essa risponde, evidentemente, ad una scelta di

¹¹¹ Art. 16, 5° comma, legge n. 109/94.

¹¹² Ovviamente si fa riferimento all'articolazione in livelli della progettazione di cui all'art. 16 della legge n. 109/94.



principio ed in quanto tale non può contrastare con l'art. 117 della Costituzione.

Le medesime considerazioni supportano l'individuazione, quale principio fondamentale, del precetto che impone l'affidamento delle gare d'appalto sulla base del progetto esecutivo. È chiaro che diversamente, ossia qualora si autorizzasse l'affidamento della gara sulla base di un progetto preliminare o definitivo, gli stessi obbiettivi perseguiti dal legislatore con le norme che prevedono la tripartizione dei livelli progettuali verrebbero vanificati. Nulla toglie che tale principio possa avere delle eccezioni; anzi è lo stesso legislatore nazionale ad individuarne alcune. È il caso dei lavori nei quali la componente impiantistica e tecnologica incida per più del 50% sul valore dell'opera che possono essere affidati sulla base del solo progetto definitivo (art. 19, 1° comma, lett. a), n. 1); dei lavori di manutenzione restauro e scavi archeologici anch'essi affidabili sulla base del solo "definitivo" (art. 19, 1° comma, lett. b), n. 2); dei lavori speciali o per la realizzazione di opere complesse o ad elevata componente tecnologica, la cui progettazione richieda competenze particolari o la scelta fra soluzioni tecniche differenziate che possono essere affidati sulla base di un mero progetto preliminare nonché di un capitolato prestazionale, in seguito a decisione motivata della p.a. e su parere vincolante del Consiglio Superiore dei Il.pp. (art. 20, 4° comma, legge n. 109/94); infine è il caso della concessione di esecuzione dei lavori e gestione che può essere affidata sulla base di un progetto preliminare pur se integrato da ulteriori elaborati afferenti alle indagini geologiche, geotecniche e sismiche (art. 20, 2° comma, legge n. 109/94). Ora, premessa l'opinabilità delle valutazioni del legislatore circa l'opportunità delle norme in questione, è bene rilevare che i predetti affidamenti, proprio perché estrinsecano altrettante eccezioni al propugnato principio generale in forza del quale l'affidamento di una gara deve avvenire sulla base del progetto, sono potenzialmente inidonee ad incidere, limitandola, sulla potestà normativa delle regioni. Ben potranno, pertanto, queste ultime prevedere anche in questi casi l'affidamento dei lavori sulla base di un progetto esecutivo, mentre quello che pare precluso è la loro facoltà di predisporre ulteriori eccezioni, rispetto a quelle delinea dal legislatore



statale, al principio generale dell'affidamento sulla base del progetto esecutivo.

Costituiscono scelte di principio, ed in quanto tali vincolanti anche per le regioni, anche “*la preferenza per la redazione dei progetti da parte di uffici tecnici delle stesse amministrazioni aggiudicatrici o di altre pubbliche amministrazioni*”, nonché “*la netta separazione tra il momento della progettazione e quello della esecuzione dell'opera*”¹¹³, assicurata in ogni caso, anche qualora la progettazione sia affidata a soggetti esterni.

Altrettanto non si può dire, invece, per le disposizioni dell'art. 16 che individuano dettagliatamente come debbano essere articolati i contenuti dei vari livelli progettuali; data la loro specificità queste ultime possono essere certamente sostituite da parte delle regioni con differenti disposizioni che tuttavia perseguano lo stesso scopo, ossia quello di assicurare l'eshaustività del contenuto dell'elaborato progettuale in ciascuna delle sue fasi.

La preferenza manifestata dal legislatore verso la progettazione interna si evidenzia nell'aver sottoposto l'affidamento degli incarichi di progettazione a soggetti esterni alla sussistenza di almeno una delle seguenti condizioni: carenze in organico di personale tecnico presso le amministrazioni appaltanti; difficoltà di rispettare i tempi programmati per la realizzazione dei lavori o di svolgere le funzioni di istituto; in caso di lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale; in caso di necessità di predisporre progetti integrali che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze (art. 17, comma 4, l. 109/94). Il favore accordato alla progettazione interna non arriva però a negare al progettista esterno la possibilità di firmare anche solamente singole parti di un elaborato progettuale. Tale possibilità risulta dal tenore letterale dell'art. 17 il quale, pur assegnando la progettazione ai soggetti di cui al comma 1, lett. a), b) e c)¹¹⁴, al 4°

¹¹³ Corte Cost., 7.11.1995 n. 482.

¹¹⁴ Art. 17, comma 1, l. 109/94: “*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:*

comma della medesima disposizione normativa individua i casi di affidamento al professionista “esterno” senza imporre che l’elaborazione progettuale debba essere effettuata integralmente da quest’ultimo¹¹⁵.

In sostanza la preferenza accordata dal legislatore¹¹⁶ alla progettazione interna si rivela precetto strumentale all’attuazione del principio costituzionale di buon andamento della p.a. e deve, pertanto, reputarsi, vincolante per la potestà normativa regionale.

Rimanendo alla problematica connessa all’individuazione del soggetto affidatario dell’incarico di progettazione di particolare pregio ci sembra essere la norma recata dall’art. 17, comma 14° - *quinquies* che vieta allo stesso professionista la possibilità di subappaltare l’incarico conferitogli¹¹⁷. La norma è diretta a garantire “il mantenimento dell’unicità progettuale”¹¹⁸ e che l’elaborato progettuale sia di fatto opera dell’ingegno dell’affidatario così scoraggiando la partecipazione di soggetti privi dei requisiti richiesti; d’altra parte attesa la natura di opera intellettuale della progettazione è piuttosto evidente che essa debba essere espletata personalmente dal progettista incaricato. Anche i valori perseguiti dalla disposizione ora esaminata

-
- 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 alla legge 23 novembre 1939, n. 1815, e successive modificazioni;
 - 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.”

¹¹⁵ Per la tesi contraria cfr., in particolare, S. Verzaro, Commento all’articolo 17 della legge 109/94, in *La riforma dei lavori pubblici*, Commentario diretto da A. Angeletti, Torino, 2000, pp. 349, ss..

¹¹⁶ Preferenza solo formale, attesa la varietà e vastità dei casi nei quali l’art. 17, 4° comma consente il ricorso all’affidamento “esterno” dell’incarico di progettazione.

¹¹⁷ Fatte salve le indagini geologiche, geotecniche e sismiche.

¹¹⁸ Così la relazione al d.d.l. governativo nella seduta della VIII commissione Camera del 18.02.1998.

ci sembrano strumentali al “buon andamento” della p.a. ed in quanto tali non superabili dalle regioni.

Altro principio desumibile dalla legge 109/94, cui deve attenersi la legislazione regionale, è, come si è accennato, quello della incompatibilità tra la qualità di affidatario dell'attività di progettazione dei lavori pubblici e quella di appaltatore o concessionario degli stessi, nonché degli eventuali cottimi o subappalti. A tale fine, la legge quadro stabilisce, all'art. 17, comma 9, che gli affidatari di incarichi di progettazione non possano partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici nonché agli eventuali subappalti o cottimi per i quali abbiano svolto l'attività di progettazione; lo stesso comma stabilisce altresì che ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non possa 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 2359¹¹⁹ del Codice Civile. Tali divieti 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.

Il principio della separazione necessaria tra l'attività di progettazione e di esecuzione dell'opera è posto a garanzia della trasparenza e del corretto svolgimento dell'azione amministrativa. La commistione tra figure di natura diversa può, infatti, determinare (ed in passato ha spesso determinato) abusi nella gestione delle varie fasi

¹¹⁹Art. 2359 cc.: “Sono considerate società controllate:

1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria [2368];

2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;

3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti, ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa [disp. att. 209]”.



dei lavori¹²⁰. La norma recata dall'art. 17, 9° comma, della legge n. 109/94 mira in sostanza ad “evitare possibili cointeressenze imprenditoriali potenzialmente confliggenti con l'interesse pubblico perseguito dalle amministrazioni appaltanti”¹²¹ ed è, pertanto, funzionalizzata a garantire un interesse che, per l'importanza rivestita, dovrà essere perseguito anche dalle regioni.

Sul punto va però ricordato quanto espressamente stabilito nel comma 1, lett. b), dell'art. 19 della l. 109/94, secondo cui la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, qualora riguardino lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 50 per cento sul valore dell'opera, ovvero riguardino lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici, possono essere oggetto di contratto di appalto. La norma introduce un'eccezione al summenzionato principio della separazione fra soggetti addetti alla progettazione e quelli addetti all'esecuzione dell'opera in quanto consentono al medesimo soggetto aggiudicatore specializzato nella realizzazione dei lavori di espletare l'ultimo livello di progettazione¹²². In merito a tale eccezione vanno riproposte le considerazioni già esperite relativamente alle altre eccezioni che la “Merloni” ha previsto al principio generale dell'affidamento della gara sulla base di un progetto esecutivo; le regioni saranno chiaramente vincolate al rispetto del solo principio generale e non certo dell'eccezione.

Con riguardo alle procedura di affidamento degli incarichi di progettazione, l'art. 17 della l. 109/94 individua tre “soglie” cui riferire specifiche procedure di assegnazione degli “incarichi professionali”. Secondo una interpretazione “logica” della norma, occorre riferirsi agli stessi non in modo assoluto, ma distinguendo le varie soglie sulla base del livello di professionalità occorrente a portare a termine l'incarico.

¹²⁰ Sui principi oggetto di disamina si rinvia a quanto già detto in sede di esame degli articoli 10 e 11 della legge n. 109/94.

¹²¹ Così testualmente la relazione al d.d.l. n. 2145 Camera Deputati XI legislatura.

¹²² Con esclusione, quindi, della fase progettuale preliminare e definitiva. L'eccezione è quindi circoscritta alla sola fase progettuale esecutiva.



Una diversa interpretazione può, infatti, condurre alla giustificazione di comportamenti “elusivi” da parte della amministrazione che, a fronte di un unico progetto, potrebbe determinarsi a “parcellizzare” gli incarichi, al fine di mantenersi al di sotto di una soglia d’importo che possa consentire forme più semplificate e “dirette” di assegnazione. Tale comportamento risulta, peraltro, espressamente vietato dall’art. 24, comma 4, il quale pur riferendosi all’affidamento di incarichi di esecuzione di lavori pubblici mediante il sistema della trattativa privata, nega la possibilità di “parcellizzare” il lavoro al fine di ottenere la semplificazione delle procedure di affidamento.

Per l’applicabilità alle regioni delle diverse procedure di affidamento stabilite dalle legge per le tre soglie di valore degli incarichi, va sottolineato che, per quelli sopra la soglia comunitaria di 200.000 Euro occorre fare riferimento alla normativa comunitaria - sempre vincolante per le regioni - trasfusa nei decreti legislativi 157¹²³ e 158/1995¹²⁴ e questo a prescindere dal richiamo che della stessa normativa abbia fatto il legislatore della “Merloni”.

Per quanto riguarda gli affidamenti di incarichi di valore rientrante nella soglia intermedia¹²⁵ e in quella inferiore ai 40.000 Euro è possibile ritenere che le regioni possono adottare autonome leggi riguardanti la materia¹²⁶. Vanno però individuati i principi desumibili dalle norme di cui alla legge n. 109, tenendo presenti quali siano le finalità perseguite con le stesse.

Tali finalità consistono certamente nel buon andamento, imparzialità ed efficienza dell’azione amministrativa. Ora, la garanzia di adeguata pubblicità è principio fondamentale che supporta le gare esperite dalla p.a. e quindi, conseguentemente, anche quelle avviate dalle regioni ed afferenti l’affidamento degli incarichi di progettazione a prescindere dal valore degli stessi; lo stesso dicasi dell’obbligo di

¹²³ Così come modificato dal D. Lgs. n. 65, del 25.02.2000.

¹²⁴ Così come modificato dal D.Lgs. n. 525/1999.

¹²⁵ Pari o superiore ai 40.000 Euro ed inferiore ai 200.000 Euro.

¹²⁶ Va rilevato che, fra l’altro, la disciplina dettata dall’art. 17 della legge 109/94 non contiene disposizioni di dettaglio riguardanti le procedure per incarichi di tale importo.

motivazione degli affidamenti aventi un valore inferiore ai 40.000 Euro. Entrambi gli adempimenti menzionati (pubblicità - motivazione dell'aggiudicazione) sono strumentali alla realizzazione dei principi di cui sopra e ben possono essere configurati quali principi fondamentali idonei a limitare la potestà normativa regionale. Oltre tali confini non ci sembra che il legislatore regionale possa trovare ulteriori "costrizioni" nella definizione dei procedimenti relativi all'affidamento degli incarichi di progettazione "sotto soglia"; anzi, la stessa delimitazione delle fasce degli importi non può ritenersi per lo stesso vincolante in quanto non è certamente espressione di un principio fondamentale.

A questo proposito va anche ricordato che il d.P.R. 554/99 ha ampliato le incombenze dell'amministrazione stabilendo che gli incarichi di valore rientrante nella fascia intermedia siano affidati con il sistema della licitazione privata (mentre la legge prevedeva a tal fine la valutazione dei curricula), e l'obbligo di adeguata pubblicità anche per gli incarichi di valore inferiore ai 40.000 Euro. Per le ragioni già esposte in sede di commento dell'art. 3 della legge n. 109/94, il regolamento generale non può, però, ritenersi vincolante per le regioni; queste ultime ben potranno adottare procedure diverse purché idonee a garantire lo stesso livello di trasparenza nella selezione dei candidati, nonché "equilibrante" nella loro complessità rispetto all'importo dell'incarico. Rimane, come già detto, fermo l'obbligo da parte delle regioni di motivare la propria scelta in ordine all'esperienza ed alla capacità tecnica del progettista aggiudicatario dell'incarico¹²⁷ e della "pubblicazione" delle procedure di selezione.

La distinzione tra principio e disciplina di dettaglio è fondamentale anche per esaminare le disposizioni relative alla

¹²⁷ In questo senso Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 03.02.1999, n. 112 che testualmente dispone: *"L'amministrazione, anche quando scelga di affidare gli incarichi di progettazione, d'importo inferiore a 200.000 ecu, senza esperimento di formale procedura di aggiudicazione, come le è consentito dall'art. 17 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, deve motivare dando conto delle ragioni della preferenza accordata, in relazione agli indici di esperienza e specifica capacità professionale desunti dal curriculum del professionista prescelto, anche se non è richiesta una comparazione analitica e puntuale dei curriculum di tutti i partecipanti sulla base dei criteri predeterminati."*



direzione dei lavori (art. 27) ed ai collaudi (art. 28), come si avrà modo di verificare più avanti. L'esigenza fondamentale è, infatti, *“di assicurare il netto distacco dell'esecuzione dell'opera, rimessa all'imprenditore, dalle attività riservate all'Amministrazione. Ne segue la necessità di istituire o adeguare gli uffici tecnici propri dell'amministrazione aggiudicatrice, e di prevedere come complementari l'affidamento ad altre Amministrazioni pubbliche nonché l'attribuzione dell'incarico a professionisti selezionati, secondo criteri oggettivi ed in conformità alle disposizioni comunitarie”*¹²⁸.

Si può, quindi, concludere che il dettaglio dell'affidamento progettuale nei confronti di professionisti esterni all'Amministrazione appaltante, richieda, come norma di principio, il solo (ma imprescindibile) limite della sussistenza di criteri oggettivi e conformi alle disposizioni comunitarie.

Con l'art. 18 della legge quadro, infine, è stato previsto un sistema di incentivi economici per i dipendenti degli uffici tecnici delle singole amministrazioni, volti ad incoraggiare gli stessi a specializzarsi, formarsi professionalmente ed a qualificare la propria attività nei settori di propria competenza. Tale disposizione sembra essere inidonea a costituire un “principio di riforma economico - sociale” per l'ulteriore legislazione statale e regionale; tuttavia è apprezzabile, e coerente con la propugnata “privatizzazione del pubblico impiego”, l'intento di perseguire tale scopo anche con strumenti di tipo economico - premiale.

¹²⁸ Corte cost., sentenza 482/1995, cit.

10. I sistemi di realizzazione dei lavori pubblici (art. 19, legge n. 109/94)

Il comma 1 dell'art. 19 introduce il principio di tassatività dei sistemi di esecuzione dei lavori pubblici, prevedendo che essi possano essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione, ad eccezione dei casi dei lavori in economia di cui all'art. 24, comma 6 della legge 109/94, che sono ammessi fino all'importo di 200.000 Euro e dei lavori del Ministero della difesa che vengono eseguiti in economia a mezzo delle truppe e dei reparti del Genio militare, disciplinati dal regolamento per l'attività del Genio militare.

Il comma 1 dell'art. 19 procede poi a definire i contratti di appalto di lavori pubblici come contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un soggetto di cui all'articolo 2, comma 2¹²⁹, aventi per *oggetto*: la sola esecuzione dei lavori pubblici di cui all'articolo 2, comma 1; la progettazione esecutiva di cui all'articolo 16, comma 5, e l'esecuzione dei lavori pubblici di cui all'articolo 2, comma 1, qualora riguardino lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 50 per cento sul valore dell'opera, ovvero riguardino lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici. Tale disposizione costituisce un principio fondamentale (vincolante per le regioni), in quanto definisce puntualmente il concetto di “appalto di lavori pubblici”, specificandone sia gli elementi strutturali della sua formulazione contrattuale (onerosità, forma scritta), sia la delimitazione del suo ambito oggettivo, nonché soggettivo (imprenditore e soggetto di cui all'art. 2, comma 2, l. 109/94).

Proprio con riferimento alla definizione dell'oggetto del contratto di appalto, si come definito dal comma 1° dell'art. 19, se ne era prospettata l'illegittimità costituzionale in riferimento all'art. 117 della Costituzione in quanto più restrittivo rispetto alla definizione comunitaria contenuta nell'art. 1 del D.Lgs. n. 406/91 di recepimento

¹²⁹ Ossia le amministrazioni dello Stato e le autonomie locali, le società pubbliche ed i concessionari

della direttiva CEE n. 89/440. Quest'ultimo prevede, infatti, la possibilità di stipulare un contratto di appalto avente ad oggetto oltre che l'esecuzione dei lavori, anche l'attività di progettazione che è, invece, esclusa dal 1° comma dell'art. 19¹³⁰. Si poteva ipotizzare, quindi, che le regioni fossero svincolate dalla norma nazionale in quanto tenute ad applicare quella di derivazione comunitaria. Sul punto la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 482/95, ha avuto modo di precisare che fra le due norme: “ il contrasto non si verifica, giacchè l'esclusione della progettazione dall'appalto per l'esecuzione delle opere è consequenziale rispetto all'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di predisporre, per i lavori pubblici, progetti esecutivi, sicchè non è dato avere appalti che implicino una attività di progettazione, ammessa ma non imposta dalla normativa comunitaria”. Ora, per quanto la normativa comunitaria comprenda nell'oggetto dell'appalto anche la progettazione, va, comunque, rilevato che essa si scontra con le norme recate dalla “Merloni” che impongono l'eshaustività dell'elaborato progettuale al momento in cui viene bandita la gara¹³¹ e la separazione fra progettista ed esecutore dell'opera; norme che - in quanto funzionali all'attuazione di principi generali sui quali poggia la materia dei lavori pubblici - non possono non ritenersi vincolanti anche per le regioni¹³².

A sua volta, il comma 2° dell'art. 19 procede alla definizione di concessione di lavori pubblici, tratteggiandone una figura riconducibile alla categoria delle concessioni-contratto, caratterizzate dalla presenza contestuale dell'atto amministrativo e dell'accordo contrattuale.

¹³⁰ Da notare che il 1° comma dell'art. 19 consente comunque che l'appalto abbia ad oggetto anche la progettazione (esecutiva) ma nei soli seguenti casi: a) esecuzione di lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 50 per cento sul valore dell'opera; b) esecuzione di lavori di manutenzione restauro e scavi archeologici.

¹³¹ Elaborato che, quindi, inevitabilmente deve essere redatto prima dell'indizione della gara.

¹³² Sempre con riferimento al contratto di appalto è da notare la modifica apportata al 4° comma dell'art. 19, dall'art. 6 - *bis*, comma 1, lettera b) del D.L. n. 101, del 1995; difatti la prima norma ha consentito - innovando appunto rispetto alla precedente formulazione - che i contratti di appalto possano essere stipulati sia a corpo che a corpo e misura. La precedente formulazione del predetto 4° comma dell'art. 19 della legge n. 109/94 prevedeva esclusivamente la stipulazione a corpo.

La scelta del legislatore di definire la concessione di lavori pubblici come un contratto, scelta risalente all'art. 1 della legge n. 584/77 di recepimento della direttiva CEE n. 71/305, si giustifica principalmente con l'esigenza di assoggettare anche la scelta del concessionario alle medesime procedure di selezione previste per la scelta dell'appaltatore ponendo un valido rimedio agli abusi perpetrati dalle amministrazioni pubbliche soprattutto con l'istituto della concessione di sola costruzione di opere pubbliche¹³³. Essa è dunque norma volta a garantire l'imparzialità della p.a., nonché la trasparenza dell'aggiudicazione ed al suo rispetto dovranno, pertanto, assoggettarsi anche le regioni.

Gli elementi compositivi della concessione sulla base dei dati che emergono dalla legge¹³⁴, sono: le parti (un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice); la forma scritta; l'oggetto molto più vasto di quello del contratto di appalto, poiché comprendente la progettazione definitiva ed esecutiva, l'esecuzione dei lavori pubblici nonché le attività ad essa collegate, ed infine la gestione di tali lavori; la durata non superiore a trent'anni ed il corrispettivo consistente esclusivamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati. Proprio la particolare natura della controprestazione a favore del concessionario induce ad alcune considerazioni. Difatti la norma in esame individua quale unica tipologia di concessione esperibile da parte della p.a. la "concessione di costruzione e gestione" di fatto eliminando dall'ordinamento giuridico interno la figura della "concessione di sola costruzione". Le

¹³³ Frequenti sono stati difatti i casi di abusi da parte della p.a. nella scelta del concessionario quando quest'ultima non era vincolata da specifiche regole procedurali, bensì rimessa all'apprezzamento discrezionale degli amministratori. La legge n. 544/77 nell'equiparare la concessione al contratto di appalto non aveva come obiettivo specifico quello di evidenziare una particolare natura giuridica contrattuale della concessione medesima, quanto piuttosto quello di improntare anche la scelta del concessionario a procedure idonee a garantire l'imparzialità e la trasparenza dell'azione della pubblica amministrazione.

¹³⁴ Con riferimento specifico all'individuazione delle caratteristiche della concessione di lavori pubblici il 2° comma, dell'art. 19 della legge n. 109/94 dispone: "*le concessioni di lavori pubblici sono contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice, aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici o di pubblica utilità..., nonché la loro gestione funzionale ed economica. La controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati.*"



ragioni di tale eliminazione sono sostanzialmente analoghe a quelle che supportano il divieto delle “concessioni di committenza”. Sul punto il 3° comma dell'art. 19 dispone che le amministrazioni aggiudicatrici ed i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, lettera b) della l. 109/94 - che sono, in generale, i concessionari di lavori e servizi pubblici - non possono affidare a soggetti pubblici o di diritto privato l'espletamento delle funzioni e delle attività di stazione appaltante di lavori pubblici. La *ratio* giustificatrice dell'eliminazione dei predetti istituti va ricercata nell'esigenza di rispettare il principio di legalità nella determinazione delle competenze delle amministrazioni pubbliche che, pertanto, al fine di evitare l'illegittimità della modificazione delle competenze stabile da norme primarie, potranno delegare le proprie funzioni (mediante appunto la concessione) a terzi nei soli casi previsti dalle legge¹³⁵.

In merito all'importanza di questa disposizione, è di qualche rilievo osservare il tenore della determinazione n. 11 del 19/9/1996 della Corte dei Conti Friuli Venezia Giulia, sez. Contratti, secondo la quale “il disposto dell'art. 19 della legge n. 109/94 (che, in quanto avente valore di legge di riforma economica sociale, vincola anche l'autonomia amministrativa delle regioni a statuto ordinario), nell'introdurre in via generale il divieto delle cosiddette concessioni di committenza, ha inteso introdurre un determinato ordine nella materia degli appalti, non solo vietando ai privati di sostituirsi agli enti originariamente competenti, ma anche inibendo a questi ultimi di operare, sulla base di una precedente normativa generale lacunosa e remota, inutili trasferimenti a cascata di funzioni attraverso l'istituto della cosiddetta delegazione intersoggettiva con conseguente perdita di trasparenza e di efficienza nella gestione del settore; ne consegue che non è legittimo l'affidamento in concessione da parte della Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, di importanti lavori irrigui ai consorzi di bonifica, ai sensi dell'art. 2, comma primo, legge reg. n. 44 del 1983, norma da ritenersi abrogata a seguito proprio dell'entrata in vigore della citata legge n. 109/94”.

¹³⁵ Così Cons. Stato, Sez. V, 20.12.1996, n. 1577, in C.e.d. Corte di Cassazione.



Anche le regioni sono dunque tenute a rispettare il principio di legalità nel riparto delle competenze pubbliche in quanto esso è sicuramente strumentale all'attuazione dei principi di buon andamento ed imparzialità della p.a.; le norme summenzionate saranno idonee a vincolare la loro potestà legislativa nella materia dei lavori pubblici con la conseguenza che le regioni non potranno avvalersi degli istituti della “concessione di sola costruzione di opere pubbliche” e della “concessione di committenza”.

11. La scelta del contraente ed i criteri aggiudicazione (artt. 20 e 21, legge n. 109/94)

L'articolo 20, comma 1, fornisce le regole generali in tema di affidamenti di appalti per la realizzazione dei lavori pubblici, stabilendo i metodi di scelta del contraente che sono quelli del pubblico incanto e della licitazione privata.

La differenza tra il pubblico incanto e la licitazione privata consiste nel fatto che il primo è una gara "aperta" alla quale possono partecipare tutti coloro che vi abbiano interesse, purché in possesso di determinati requisiti prestabiliti; la licitazione è, invece, una gara alla quale possono partecipare solamente coloro che, possedendo determinati requisiti, siano stati espressamente invitati a farlo, da parte della Amministrazione, a seguito di una scelta preliminare e discrezionale¹³⁶. Entrambi i procedimenti hanno in comune la circostanza di presupporre che il progetto di contratto sul quale sollecitare le offerte degli interessati sia definito in ogni sua parte.

Il comma 2 dell'art. 20 prevede che le concessioni possano essere affidate esclusivamente attraverso il sistema della licitazione privata, e che sia posto a base di gara un progetto preliminare corredato di vari elaborati relativi alle indagini geologiche e simili.

Il comma 3 dell'articolo 20 prevede altresì, la possibilità di ricorrere al sistema dell'appalto concorso, ma solo in particolari circostanze. La diversità di questo sistema, rispetto agli altri precedentemente enunciati, consiste nel fatto che esso ha luogo allorché l'Amministrazione necessita dell'apporto di soggetti terzi anche per la definizione del progetto di contratto, in alcuni suoi

¹³⁶ Nella sostanza le differenze esistenti fra pubblico incanto e licitazione privata sono andate nel tempo assottigliandosi. Difatti già a partire dalla legge n. 14/73 la discrezionalità della p.a. nella scelta delle imprese da invitare alla gara - discrezionalità all'origine non sottoposta ad alcuna sorta di limitazione - è stata limitata fino al punto da configurare in capo alle imprese partecipanti un vero e proprio interesse legittimo all'invito. È dunque evidente che in siffatto modo presso le stesse amministrazioni aggiudicatrici - attese le difficoltà sottese alla motivazione di esclusione di un'impresa qualificata - è invalsa la prassi di far partecipare alla gara tutte le imprese in regola con i requisiti di qualificazione così equiparando, in sostanza, la licitazione privata al pubblico incanto.

elementi sostanziali; nonché “*della collaborazione delle ditte ritenute particolarmente idonee per porre in essere progetti che, per la loro complessità, o novità tecnica, artistica o scientifica, richiedono una più profonda conoscenza ed una più squisita abilità inventiva o costruttiva*”¹³⁷.

Individuato questo come l'elemento caratterizzante l'appalto concorso rispetto al pubblico incanto ed alla licitazione privata, possono essere compresi i presupposti che ne legittimano il ricorso. Essi sono chiaramente indicati nel comma 3 dell'art. 20, come si è detto, e si riferiscono al carattere specifico dei lavori per i quali la gara è stata indetta.

Possono legittimare il ricorso a questa particolare procedura “speciali lavori” o lavori per la realizzazione di opere complesse o ad elevata componente tecnologica, la cui progettazione richieda il possesso di competenze particolari, o, ancora, che preveda la scelta tra soluzioni tecniche differenziate; è, dunque, evidente che la valutazione di tali presupposti comporta da parte dell'amministrazione un giudizio di discrezionalità tecnica.

Come si è avuto modo di vedere, i primi tre commi dell'art. 20 della legge n. 109 sanciscono la generalità delle procedure di aggiudicazione dell'asta pubblica e della licitazione privata e l'eccezionalità delle procedure della trattativa privata e dell'appalto concorso; orbene tali norme sono evidentemente poste a garanzia dell'imparzialità della p.a. nell'aggiudicazione dei lavori pubblici, nonché strumentali all'attuazione di un regime di libera concorrenza fra le imprese; in quanto tali possono essere ritenute vincolanti per le regioni.

Il problema è casomai quello di verificare fino a qual punto possa estendersi tale vincolatività. Sul punto, premesso che per gli appalti “sopra soglia”¹³⁸ andrà integralmente applicato il D.Lgs. n. 406/91 adattato alla Direttiva Ce n. 93/37, nel diverso caso in cui l'importo dei

¹³⁷ Consiglio giustizia amministrativa, 7. 1. 1987, n. 1.

¹³⁸ Ossia d'importo pari o superiore ai 5.000.000 D.s.p.

lavori da aggiudicare sia “sotto soglia”, le regioni, a nostro avviso, dovranno certamente rispettare le linee essenziali che contraddistinguono le diverse tipologie dei sistemi di scelta ed i loro presupposti minimi (è il caso dell'appalto concorso e della trattativa privata) fissati dal legislatore nazionale per il ricorso agli stessi¹³⁹, ma non potranno ritenersi vincolate dalle norme attraverso le quali, prima il D.P.C.M. n. 55/91 e successivamente il D.P.R. n. 554/99, hanno scandito i singoli adempimenti e termini procedurali.

Non ci sembra, invece, limitativo della potestà normativa regionale il disposto di cui al 2° comma dell'art. 19 della legge n. 109/94 che individua la licitazione privata quale esclusiva procedura di scelta del concessionario di lavori pubblici. In verità, il legislatore, pur avendo con la predetta norma inteso favorire la più ampia concorrenza fra gli imprenditori e cercato di sanare quegli abusi che nella pratica hanno caratterizzato la concessione quando essa era assentita mediante la trattativa privata, non ha attuato con la predetta norma alcun principio fondamentale tale non potendosi considerare l'esigenza di porre un freno all'uso distorto di un istituto da parte degli amministratori. Ed infatti in tal senso sembra essersi orientata, ad esempio, la regione Sicilia che all'art. 45, 4° comma della l.r. n. 10 del 12.01.1993 statuisce: *“la concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici vengono attribuite con il procedimento di licitazione privata o, quando ricorrono le condizioni di cui all'art. 9 del D.Lgs. n. 406/91, mediante trattativa privata”*.

Per quanto riguarda, invece, la disposizione di cui al comma 4, che *“affida al Consiglio superiore dei lavori pubblici il parere vincolante sull'affidamento, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, di lavori pubblici mediante appalto-concorso”*¹⁴⁰, va evidenziato che il sistema delineato dalla legge n. 109/94 riconosce la facoltatività per le regioni e le province autonome di ricorrere al

¹³⁹ Ed in effetti le leggi regionali si sono uniformate alle norme della “109”(per la trattativa privata vedi art. 24). Si vedano ad es. in merito alle procedure dell'appalto concorso e della trattativa privata: gli artt. 32 - 33 della l.r. -Trento - 10.09.1993, n. 26; gli artt. 29 - 30 della l.r. - Bolzano - 17.06.1998, n. 6; gli artt. 40 - 41 della l.r. - Sicilia - 12.01.1993, n. 10

¹⁴⁰ Corte cost., sentenza 7/11/1995, n. 482, cit.



parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici¹⁴¹; che anche il parere previsto dalla disposizione in oggetto si inquadra quindi come facoltà per le regioni, ma non come obbligo.

L'articolo 21 della legge 109/94 disciplina la fase dell'aggiudicazione, che è probabilmente quella di maggiore rilevanza nell'ambito del procedimento contrattuale volto all'affidamento degli incarichi relativi alla realizzazione dei lavori pubblici. Nel caso degli appalti aggiudicati mediante pubblico incanto o licitazione privata, esso può avvenire esclusivamente sulla base del criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara. Con riguardo alle procedure di aggiudicazione degli incarichi di valore superiore alla soglia di 5.000.000 Euro, sono indicati dal comma 1 bis alcuni criteri di riconoscimento delle offerte anomale.

La soluzione suscita alcune perplessità in ordine alla questione se essa possa ritenersi coerente con la disciplina dettata in sede comunitaria, che è, tra l'altro, di per sé direttamente applicabile. La legge n. 109/94 esclude infatti, per i contratti assegnati mediante pubblico incanto o licitazione privata, la possibilità di criteri di aggiudicazione diversi, ed in particolare quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, introdotta dalla normativa comunitaria¹⁴².

¹⁴¹ L. 109/94, art. 6, comma 5.

¹⁴² A questo proposito si veda l'art. 36 della direttiva CE n. 50 del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, secondo cui: "Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative nazionali riguardanti la remunerazione di particolari servizi, i criteri sui quali l'amministrazione si fonda per l'aggiudicazione degli appalti sono:

a) qualora l'appalto sia aggiudicato all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, vari criteri relativi all'appalto quali ad esempio qualità, merito tecnico, caratteristiche funzionali, assistenza tecnica e servizio post vendita, data della fornitura e termine di consegna o di esecuzione, prezzo;

b) unicamente il prezzo più basso.

Qualora l'appalto sia aggiudicato all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, le amministrazioni enunciano, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, i criteri d'aggiudicazione di cui esse prevedono l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita". Nello stesso senso è anche l'art. 30 della direttiva CE 93/37, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici.

Va ricordato che il criterio dell'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico è alternativo a quello basato sul prezzo, come indicato nel contesto comunitario da alcune direttive e dalle relative normative nazionali di attuazione¹⁴³, riguardanti le procedure di aggiudicazione degli appalti di pubblici servizi. Esso tiene presenti, oltre al prezzo, elementi di qualità, merito tecnico, caratteristiche funzionali, assistenza e simili.

In linea di principio si può considerare che se la disciplina comunitaria indica come applicabili entrambi i criteri, evidentemente entrambi devono essere considerati rispettosi dei principi che informano l'ordinamento comunitario. Dal punto di vista sostanziale se può dubitarsi che il criterio del mero confronto competitivo sul prezzo sia sufficiente a garantire, nella sua automaticità, una aggiudicazione adeguata, va riconosciuto che esso, a differenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non combina parametri di diversa natura ed ha, pertanto, il vantaggio di porre un elemento immediato ed oggettivo di selezione, svincolato pressoché integralmente dalla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice.

La disciplina dettata dall'articolo 21, comma 1 che vincola l'esperimento dei criteri di aggiudicazione al sistema di gara prescelto, pone quindi una limitazione alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice a seguito di una scelta del legislatore statale che non sembra strumentale all'attuazione di alcun principio generale e che, fra l'altro, non è nemmeno prevista dal legislatore comunitario; le regioni, dunque, non possono essere considerate vincolate al rispetto della norma esaminata.

Andrebbero, invece, considerate quali linee guida e principi per la restante legislazione, sia a livello nazionale che regionale, le indicazioni fornite dal comma 2 dell'art. 20, relative agli elementi costitutivi dell'offerta valutabili ai fini della determinazione di quella

Sul punto si veda anche l'art. 29 del D.Lgs. n. 406/91 che individua quali criteri di aggiudicazione - prescindendo dal sistema di gara prescelto - rispettivamente il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa.

¹⁴³ Decreti legislativi 157/1995 e 65/2000.

economicamente più vantaggiosa¹⁴⁴. Tali indicazioni non sono peraltro esaustive, in quanto la norma considera come valutabili ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare.

L'articolo 21 individua altresì i criteri di riconoscimento delle offerte anomale configurando come anomale le offerte che *“presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media”*.

Una volta individuata la “soglia di anomalia” delle offerte discendono conseguenze diverse a seconda che l'importo dei lavori da appaltare sia superiore (o pari) alla soglia comunitaria o inferiore alla stessa; nella prima ipotesi la p.a. è chiamata a ponderare la validità delle giustificazioni addotte dall'offerente “anomalo”, mentre nella seconda, all'anomalia consegue automaticamente l'esclusione dell'impresa offerente¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Il comma 2 dell'articolo 20 è il seguente: *“L'aggiudicazione degli appalti mediante appalto-concorso nonché l'affidamento di concessioni mediante licitazione privata avvengono con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prendendo in considerazione i seguenti elementi variabili in relazione all'opera da realizzare:*

a) nei casi di appalto-concorso:

- 1) il prezzo;*
- 2) il valore tecnico ed estetico delle opere progettate;*
- 3) il tempo di esecuzione dei lavori;*
- 4) il costo di utilizzazione e di manutenzione;*
- 5) ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare;*

b) in caso di licitazione privata relativamente alle concessioni:

- 1) il prezzo di cui all'articolo 19, comma 2;*
- 2) il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata;*
- 3) il tempo di esecuzione dei lavori;*
- 4) il rendimento;*
- 5) la durata della concessione;*
- 6) le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza;*
- 7) ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare.”*

¹⁴⁵ Il sistema del doppio binario è stato introdotto dalla legge n. 216/95.



Ferma restando la compatibilità di tale “doppio binario”¹⁴⁶ con la normativa comunitaria, il problema che in questa sede più interessa è quello di verificare se esso sia o meno applicabile alle regioni. Sul punto va innanzitutto rilevato che l'esclusione dalla gara, automatica o a seguito di contraddittorio, delle offerte che superino una predeterminata soglia di anomalia risponde all'esigenza di tutelare il buon andamento della p.a. considerato nei suoi profili di efficienza, efficacia, trasparenza ed imparzialità dell'azione pubblica, nonché la qualità dell'opera prestata. L'esasperata concorrenza fra le imprese potrebbe portare alcune di esse, infatti, ad abbassare, in maniera abnorme, il costo dei lavori ponendosi così, già in partenza, nell'impossibilità di eseguire correttamente gli stessi e cagionando una conseguenziale perdita di denaro e tempo alla pubblica amministrazione. La salvaguardia di tali principi rende difficile giustificare la disapplicazione dalla norma di cui al 1° comma - *bis* dell'art. 21 della legge n. 109/94 anche alle regioni; l'offerta che supera la soglia di anomalia va quanto meno vagliata, ma proprio questo è il punto: le regioni possono ritenersi obbligate all'applicazione dell'esclusione automatica, oppure potranno adottare il sistema comunitario dell'esclusione previo contraddittorio? A nostro avviso è bene distinguere fra appalti “sopra soglia” ed appalti “sotto soglia”.

La norma in esame - nella sua formulazione originaria - introduceva il meccanismo dell'esclusione automatica anche per gli appalti sopra soglia scontrandosi con la normativa comunitaria. Ora, sia l'art. 29, 5° comma, del D.Lgs. n. 406/91 che l'art. 30.4 della successiva Direttiva Ce n. 93/37 non prevedono - se non transitoriamente¹⁴⁷ - meccanismi automatici di esclusione delle offerte anomale, ma impongono un preventivo vaglio della stesse al fine di riscontrare se il prezzo basso sia dovuto a particolari soluzioni e capacità tecniche delle quali è dotata l'impresa offerente; in tale caso la p.a. verrebbe certamente a beneficiare dall'offerta esperita e

¹⁴⁶ Per i termini del dibattito e per la sua evoluzione nel corso degli anni si veda R. De Nictolis, nel commento all'art. 21 della legge n. 109/94, in “*La nuova legge quadro sui lavori pubblici*” (a cura di F. Caringella), Milano, 1999, 611 ss.

¹⁴⁷ Fino al 31.12.1992; con termine, quindi, oramai abbondantemente scaduto.



l'esclusione di quest'ultima sarebbe atto contrario ai principi del buon andamento della pubblica amministrazione. La Corte di Giustizia della Ce, chiamata ad intervenire sulla questione ha più volte affermato che la normativa comunitaria non consente, dopo il 31.12.1992, di rifiutare le offerte che presentano un carattere anormalmente basso senza osservare la procedura di verifica prevista dall'art. 30 della Direttiva Ce n. 37/93¹⁴⁸; i giudici e l'amministrazione dovranno, dunque, disapplicare la normativa statale e applicare quella comunitaria. La configurazione del regime del "doppio binario" si come introdotta dalla legge n. 216/95 è stata sufficiente a sanare tale profilo di illegittimità.

Per quanto concerne, invece, gli appalti sotto soglia la Corte Costituzionale con la sentenza n. 40 del 05.03.1998¹⁴⁹ ne ha riscontrato la legittimità costituzionale in relazione agli articoli 3 e 97 della Costituzione rientrando nella discrezionalità del legislatore la scelta dei mezzi con cui garantire la serietà e congruità delle offerte nei pubblici appalti, e non essendo arbitraria l'opzione per l'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti di minore importo, né irragionevole il criterio di determinazione del ribasso ammissibile, basato sulla media di tutte le offerte ammesse.

A nostro avviso, il precetto normativo di cui al 1° comma - *bis* dell'art. 21 nella parte in cui statuisce l'esclusione automatica delle offerte anomale non trova applicazione per le regioni. Queste ultime sono infatti vincolate nell'esercizio della loro potestà normativa ai soli principi fondamentali recati dalle norme della legge n. 109/94; il legislatore con la norma in esame persegue l'obbiettivo di contemperare il principio dell'efficienza dell'azione amministrativa (aggiudicazione all'offerta più bassa) con quello di garantire la qualità dell'adempimento. Anche le regioni saranno tenute a tale contemperamento nell'ottica di garantire l'efficienza e la trasparenza dell'azione pubblica, nonché la libera concorrenza fra i candidati e dovranno dunque escludere le offerte che ritengano poco serie e

¹⁴⁸ Si veda Corte di Giustizia della Ce Sent. 16.10.1997 C - 304/96; Sent. 22.06.1989 C 103/89.

¹⁴⁹ In *Urbanistica e appalti*, 1998, 617.

comunque inidonee al perseguimento degli obiettivi di cui sopra, ma non necessariamente con il metodo della “esclusione automatica”. Difatti proprio perché la scelta del metodo di esclusione è lasciata (nei soli appalti “interni”) alla discrezionalità del legislatore, quello regionale ben potrà decidere di avvalersi di criteri diversi da quello delineato dall'art. 21, 1 comma - bis, purchè idoneo a soddisfare le esigenze primarie delle quali sopra si è detto e, sotto tale profilo, il metodo di verifica comunitario ci pare sicuramente più confacente¹⁵⁰. Si conviene sul fatto che la “esclusione automatica” trova il proprio presupposto nell'esigenza di limitare la discrezionalità della p.a. al fine di prevenire abusi; l'obiettivo è sicuramente rilevante, ma inidoneo, a nostro avviso, ad assurgere al rango di principio generale.

Per quanto concerne l'applicabilità alle regioni dell'art. 21, 5° comma della legge n. 109/94 relativa alla composizione ed al funzionamento della commissione aggiudicatrice va al riguardo ricordato l'orientamento, sostanzialmente condivisibile, del Giudice amministrativo che ha ritenuto norma di principio le regole, dettate dai commi 5 - 6 e 7 dell'art. 21, relative alla composizione esclusivamente tecnica della commissione, al regime di incompatibilità di questi ultimi ed infine la sottrazione della scelta diretta dei membri da parte della p.a.¹⁵¹. Tali regole sono diretta attuazione dei principi di

¹⁵⁰ D'altra parte anche per i lavori pubblici integralmente soggetti alla legge n. 109/94 è stata riconosciuta, se pur in casi eccezionali, la verifica dell'offerta anomala. In questo senso Consiglio di Stato, Sent. 15.07.1999, n.1267 in *Urbanistica e appalti*, 3/2000, 283. Conforme l'opinione dell'Autorità di vigilanza dei ll.pp. espressa con la determinazione del 26.10.1999.

¹⁵¹ Precisamente T.A.R. Puglia - Bari, Sez. II, sent. 31.12.1996, n. 916 dispone: “....*deve ritenersi abrogato l'art. 45, 2° comma, della L.r. Puglia 16.05.1985, n. 27 - in tema di commissioni giudicatrici di appalto concorso - essendo difforme dai principi introdotti con legge 11.02.1994, n. 109 posto che alcuna norma è dettata in materia d'incompatibilità ed è rimessa*”



efficienza, efficacia ed imparzialità dell'azione pubblica ai quali anche le regioni devono attenersi.

all'amministrazione aggiudicatrice la designazione dei componenti la commissione di cui possono far parte anche membri privi di competenza specifica”.



12. Accesso alle informazioni (art. 22, legge n. 109/94)

L'articolo 22 della legge 109/94 riguarda il divieto tassativo rivolto all'amministrazione aggiudicatrice o ad altro ente aggiudicatore o realizzatore, di comunicare a terzi o di rendere in qualsiasi altro modo noto l'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte nel caso di pubblici incanti, prima della scadenza del termine per la presentazione delle medesime, nonché l'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse nei casi di licitazione privata, di appalto-concorso o di gara informale che precede la trattativa privata, prima della comunicazione ufficiale da parte del soggetto appaltante o concedente dei candidati da invitare ovvero del soggetto individuato per l'affidamento a trattativa privata.

L'inosservanza di questi divieti è sanzionata penalmente ed implica per i dipendenti che rivestono la qualifica di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblici servizi l'applicazione dell'art. 326 del codice penale¹⁵², relativo alla rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio.

Con riguardo all'ambito oggettivo di applicazione della norma, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con determinazione del 22 maggio 2000, n. 25, ha stabilito che il divieto imposto debba ritenersi valere, oltre che per gli atti aventi natura propriamente pubblicistica, cui di regola si riferisce il diritto di accesso, anche per quelli di diritto privato delle amministrazioni aggiudicatrici, da ritenersi anch'essi accessibili ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241. Relativamente, invece, all'ambito soggettivo, l'Autorità ha considerato che la disposizione, in quanto riferita, oltre che alle

¹⁵² L'articolo 326 del codice penale è il seguente: "1. Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

2. Se l'agevolazione è soltanto colposa, si applica la reclusione fino a un anno.

3. Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, per procurare a sé o ad altri un indebito profitto patrimoniale, si avvale illegittimamente di notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, è punito con la reclusione da due a cinque anni. Se il fatto è commesso al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto non patrimoniale o di cagionare ad altri un danno ingiusto, si applica la pena della reclusione fino a due anni."

amministrazioni aggiudicatrici, anche ad ogni “altro ente aggiudicatore o realizzatore”, importa un ampliamento dell’ambito soggettivo di applicazione della citata legge n. 241/1990¹⁵³, il cui art. 23 ne prevedeva l’applicazione nei soli confronti dei concessionari dei pubblici servizi, oltre che delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo e degli enti pubblici.

Le motivazioni sottese all’imposizione del divieto sono da ricondurre all’esigenza di salvaguardare la libera concorrenza. Essa potrebbe essere pregiudicata dalla conoscenza, precedente alla definizione della gara, dei nomi dei partecipanti, in quanto essa potrebbe suggerire accordi tra i candidati intesi ad alterarne i risultati, ovvero consentire pressioni tra gli stessi al fine di limitare la libertà di determinazione in ordine al contenuto delle offerte. Sicché, per i pubblici incanti, “prima della scadenza del termine per la presentazione” delle offerte stesse, gli elenchi dei soggetti partecipanti alle gare devono restare inaccessibili. Scaduto il termine indicato, non vi è più ragione per mantenere il segreto, non potendo le offerte essere più ritratte.

Diversa è invece la situazione per le procedure ristrette caratterizzate da una fase di prequalificazione intesa a selezionare i soggetti da invitare alla gara; in questo caso non si è ritenuto necessario mantenere secretati i nomi dei partecipanti anche dopo la conclusione della fase di prequalificazione e fino al momento della presentazione delle offerte. Questo probabilmente in considerazione della difficile praticabilità di una tale soluzione, nonché dell’esigenza di tutelare anche gli interessi dei richiedenti esclusi.

¹⁵³ Coerentemente ad un recente orientamento giurisprudenziale, per cui si veda la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, pubbl. in *Corriere giuridico*, 1999, pag. 94 con nota di De Nictolis Rosanna, secondo la quale “i soggetti privati che si aggiudicano gare d’appalto di opere pubbliche - ove presentino le caratteristiche richieste dalla disciplina comunitaria e dalla legislazione interna di adeguamento, limitatamente agli atti della serie procedimentale di evidenza pubblica - sono pubbliche Amministrazioni in senso soggettivo, come tali deputate all’esercizio di potestà pubbliche capaci di sortire un effetto di affievolimento nei confronti delle posizioni dei partecipanti alla gara; pertanto, rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto gli atti di una gara indetta da una società per azioni a partecipazione pubblica per l’aggiudicazione di lavori di costruzione secondo il sistema della licitazione privata ai sensi del Decreto Legislativo 19 dicembre 1991 n. 406.”



Individuata la ragione della norma nell'esigenza di tutelare la concorrenza, può essere riconosciuto ad essa la valenza di principio fondamentale (vincolante per le regioni) nell'ambito delle procedure di aggiudicazione nel settore degli appalti e concessioni di lavori pubblici.

13. La licitazione e la trattativa privata (artt. 23 e 24, legge n. 109/94)

L'art. 23 disciplina la procedura di partecipazione alla licitazione privata. Tra le disposizioni di dettaglio contenute nell'articolo, ve ne sono alcune che, tuttavia, richiamano importanti concetti generali.

Innanzitutto, sia per il diritto regionale che per quello comunitario, la licitazione privata è quella particolare procedura di gara per l'affidamento di lavori *“cui partecipano soltanto le imprese invitate dalle amministrazioni aggiudicatrici¹⁵⁴”*. A sua volta l'art. 23, 1° comma della legge n. 109/94 dispone: *“Alle licitazioni private per l'affidamento dei lavori pubblici di qualsiasi importo sono invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando”*. Come già detto, la procedura della licitazione privata è andata nel tempo alterando le sue caratteristiche peculiari fino ad accostarsi a quella dell'asta pubblica. La prassi della p.a. di invitare alla presentazione dell'offerta tutte le imprese che abbiano fatto la domanda di partecipazione alla gara, viene infatti sostanzialmente a svilire le caratteristiche della procedura della licitazione, accomunandola all'asta pubblica.

Ciò premesso, il primo comma dell'art. 23 dispone che alla licitazione privata siano invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta, purché in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando; è, questa, una disposizione volta alla tutela della concorrenza ed alla garanzia della imparzialità dell'amministrazione che - giova comunque precisarlo - non pertiene alla sola licitazione, bensì a qualsivoglia tipologia procedimentale. In questo modo viene circoscritta l'attività di quest'ultima ad un accertamento del possesso dei requisiti prestabiliti, da parte dei soggetti che abbiano manifestato

¹⁵⁴ Art. 8 D. Lgs. n. 406/91; art. 8 L.r. - Bolzano - n. 20/93; art. 31 L.r. - Trento - n. 26/93. Sembra invece escludere la possibilità di ricorrere alla licitazione privata il legislatore regionale siciliano che all'art. 36 della L.r. n. 10/93, che sostituisce l'art. 40 della L.r. 29.04.1985, n. 21, reca: *“Fatti salvi i casi in cui è ammesso il ricorso a cottimo fiduciario, alla trattativa privata, all'appalto concorso o alla concessione di costruzione e gestione, le gare di appalto si svolgono con il sistema dei pubblici incanti.”*



il loro interesse a partecipare alla gara, limitando il carattere discrezionale della scelta nella fase di qualificazione.

La discrezionalità amministrativa si può esprimere, infatti, esclusivamente nell'individuazione¹⁵⁵ dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara. Questa individuazione è preliminare ed astratta, e come tale imparziale, sindacabile solo in sede di legittimità da parte del giudice amministrativo, cioè allorché essa sia manifestamente lontana, nella sua logica, dal perseguimento dell'interesse pubblico.

I commi 1 *bis* e 1 *ter* contengono mere disposizioni procedurali, che potrebbero essere riprodotte anche in modo più ampio o parzialmente diverso dalle leggi regionali, purché perseguano le stesse finalità.

In particolare, il comma 1 *bis* dispone che per i lavori di importo inferiore a 750.000 Ecu¹⁵⁶, IVA esclusa, le amministrazioni appaltanti hanno facoltà di invitare a presentare l'offerta almeno trenta concorrenti scelti a rotazione tra i soggetti indicati al comma 1 *ter*, e con le proporzioni ivi previste.

Qualche annotazione merita il richiamo all'autocertificazione, operato dal secondo periodo del comma 1 *ter*, “*con cui il richiedente attesta di non trovarsi in nessuna delle cause di esclusione dalle gare di appalto e di non aver presentato domanda in numero superiore a quanto previsto*”.

Il ricorso all'autocertificazione è strumentale all'attuazione del principio fondamentale della semplificazione della procedura di partecipazione alle gare di licitazione e non può essere tacitamente disatteso né dalla ulteriore legislazione statale, né dalle singole leggi regionali.

¹⁵⁵ Nel bando di gara.

¹⁵⁶ Oggi da intendersi come controvalore in Euro di 750.000 D.s.p.

L'articolo 24 della legge quadro disciplina il ricorso alla trattativa privata vincolandone l'esperimento a determinate condizioni e più precisamente:

- a) nel caso in cui i lavori non siano d'importo superiore a 300.000 Ecu¹⁵⁷ l'esperimento della trattativa privata è condizionato alla sussistenza delle condizioni di cui all'art. 41 del R.D. n. 827/1924;
- b) nel caso di lavori d'importo superiore ai 300.000 Ecu¹⁵⁸ la trattativa privata potrà essere esperita nel caso di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, qualora motivi di imperiosa urgenza attestati dal dirigente o funzionario responsabile del procedimento rendano incompatibili i termini posti dalle altre procedure di affidamento. Potrà altresì essere esperita anche nel caso di lavori di restauro e manutenzione di beni mobili e superfici architettoniche decorate.

Relativamente all'applicabilità alle regioni di questo articolo e circa la possibilità di derogarne le prescrizioni ampliando l'ambito oggettivo di operatività della trattativa privata, è stata recentemente proposta alla valutazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici una questione interpretativa riguardante la possibilità di affidare a trattativa privata lavori complementari non considerati nel contratto originario d'appalto e che siano resi necessari da sopravvenute impreviste circostanze, con riferimento all'art. 35, comma 4, lett. c), della legge della regione Abruzzo 24 dicembre 1996, n. 146¹⁵⁹, che tale ipotesi specificamente prevede.

¹⁵⁷ Vedi nota n. 156.

¹⁵⁸ Vedi nota n. 156.

¹⁵⁹ L'art. 35, comma 4, lett. c) della legge regione Abruzzo 24 dicembre 1996, n. 146, prevede il ricorso alla trattativa privata *“per lavori complementari non considerati nel contratto originario e che siano resi necessari da circostanze impreviste, da motivare adeguatamente nel provvedimento per l'esecuzione dei lavori, a condizione che siano affidati allo stesso contraente e non possano essere tecnicamente o economicamente separabili dalla prestazione principale, ovvero benché separabili, siano strettamente necessari per il completamento dei lavori e che il loro ammontare non superi complessivamente il 20 per cento dell'importo del contratto originario”*.

A tale proposito, l’Autorità, nella determinazione n. 26/2000, scrive che “il dubbio interpretativo trae giustificazione dal presupposto che la norma indicata contiene una disciplina relativa all’affidamento dei lavori pubblici a trattativa privata apparentemente diversa da quella di cui all’art. 24 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni. Viene, quindi, prospettata una questione di compatibilità della norma regionale con i principi della legge-quadro; il che, peraltro, implicherebbe, prioritariamente, *la individuazione di quelli che sono da considerare principi generali della legge stessa in materia di affidamento negoziato*” (corsivo nostro).

In realtà l’Autorità ha prospettato una soluzione al caso dedotto senza esaminare la questione interpretativa prospettata. Essa ha ritenuto, infatti, che “*qualora le norme regionali contengono indicazioni compatibili con i principi generali che si possono trarre dalla normativa di cui alla legge quadro - in particolare relativamente alla casistica concernente modalità di affidamento degli appalti o di redazione di varianti - non si pongono questioni di abrogazioni di norme regionali per sopravvenuta emanazione di nuovi principi generali ovvero di situazioni di incompatibilità con la legge regionale*”.

Dunque, l’Autorità non ha ritenuto in questa occasione di dover procedere all’individuazione di quelli che sono da considerare principi generali nella legge quadro in materia di affidamento negoziato, cosa che, seppur non necessaria per risolvere il caso specifico, sarebbe stata molto utile in via generale. Tuttavia, il senso della sua pronuncia chiarisce ancora una volta come non debba considerarsi contrastante con la legge quadro una legge regionale che contenga l’enunciazione di casi dalla prima non specificamente contemplati, qualora non siano incompatibili con i principi desumibili dalle sue disposizioni.

Specifica ulteriormente il concetto di cui sopra la Corte Costituzionale. Alcune regioni¹⁶⁰ avevano prospettato l’illegittimità costituzionale dell’art. 24 della legge n. 109/94 in quanto definiva l’ambito oggettivo di operatività della “procedura negoziata” in

¹⁶⁰ Precisamente le regioni Toscana e Sardegna.

termini più restrittivi rispetto alla corrispondente normativa comunitaria. La Consulta, nella sentenza n. 482/95, ha riconosciuto che la legge n. 109/94 propugna il principio “della gara per la selezione del contraente cui affidare la realizzazione delle opere” al fine di garantire la massima trasparenza nella scelta del contraente e la concorrenza fra le diverse imprese; al pari della normativa comunitaria, dunque, la trattativa privata è ammessa solamente come eccezione alle altre tipologie procedurali che implicano una gara fra imprese concorrenti. La norma nazionale, conclude pertanto la Corte, restringendo l'ambito di operatività della trattativa privata “assicura in modo ancora più esteso la concorrenza e non determina una lesione del diritto comunitario, che consente, ma non impone, la trattativa privata”. Orbene a nostro avviso non è possibile negare la vincolatività, per le regioni, del principio della “eccezionalità”, nonché quello della “tassatività dei casi” nei quali è possibile ricorrere alla trattativa privata, nel senso che le stesse non potrebbero mai prevedere tale procedura come sistema ordinario di aggiudicazione; nulla toglie, però, che nel rispetto dei propugnati principi il legislatore regionale possa prevedere casi ulteriori (rispetto a quelli statali) nei quali esperire la trattativa. In sintesi, non ci sembra che l'elencazione dei casi di ricorso alla trattativa di cui all'art. 24 possa ritenersi concretizzazione di un principio fondamentale, se non nei limiti sopra esposti¹⁶¹.

Non è esclusa, inoltre, la possibilità per le medesime regioni di dettare regole procedurali diversificate ovvero anche una disciplina più restrittiva rispetto a quella statale¹⁶².

Passando all'analisi dei contenuti dell'articolo 24, vediamo che il primo comma - come sopra anticipato - si occupa di definire l'ambito oggettivo di applicazione della trattativa privata negli appalti di lavori pubblici. I criteri seguiti sono quelli del valore, alla lett. a), e quello

¹⁶¹ In tal senso anche R. De Nictolis nel commento all'art. 24 della legge n. 109/94 in *Commentario cit.* di F. Caringella (a cura di), 787.

¹⁶² Ed in tal senso hanno operato ad esempio: La Sicilia con la l.r. n. 21/1985; la Lombardia con le leggi regionali n. 70/1983 e n. 27/1995; la Toscana con la l.r. n. 54/1981. Dato caratteristico di queste leggi è quello che le predette regioni, prima ancora del legislatore nazionale, hanno previsto una gara informale per lo svolgimento della trattativa privata.



della natura delle opere oggetto di appalto, in parte combinato con quello del valore, alle lett. b) e c).

Quanto al valore dell'importo complessivo dei lavori, che non deve essere "superiore a 300.000 Ecu, nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato e, in particolare, dell'articolo 41 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827", è posto, al comma 4 dell'articolo 25, il divieto di suddivisione artificiosa dei lavori in più affidamenti al fine della determinazione del valore di medesimi. Tale divieto ha lo scopo di impedire il facile aggiramento del limite in esame, attraverso la ripartizione dei lavori oggetto di appalto in più tronconi e, quindi, in più procedure di aggiudicazione al fine di usufruire del peculiare regime della trattativa privata. Esso costituisce un principio generale, in quanto volto all'impedimento di un comportamento elusivo di norme imperative, quali sono quelle che pongono dei limiti al ricorso al sistema della trattativa privata, attuative tra l'altro della disciplina comunitaria che consente, ma non impone, il ricorso ad essa¹⁶³.

A sua volta il comma 5° dell'art. 24 istituzionalizza la "gara informale", per la realizzazione della quale è richiesto un numero minimo di quindici partecipanti.

¹⁶³ A questo proposito va ricordato quanto affermato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 482 del 1995, secondo cui "...L'esigenza di fondo è quella di assicurare la massima trasparenza nella scelta del contraente e la concorrenza tra diverse imprese. La trattativa privata è ammessa solo in ambiti più ristretti e rigorosi di quanto non preveda la normativa comunitaria, che peraltro configura il ricorso alla procedura negoziata come eccezione rispetto alla regola della "procedura aperta" o della "procedura ristretta", le quali implicano una gara tra imprese concorrenti. La norma nazionale assicura in modo ancor più esteso la concorrenza e non determina una lesione del diritto comunitario, che consente, ma non impone, la trattativa privata".



Disposizione fondamentale e di carattere generale, pertanto non derogabile della legislazione regionale, è altresì quella, di cui al comma 2, che prevede la motivazione per gli affidamenti mediante trattativa privata, nonché la pubblicità degli atti della relativa procedura, al pari di quanto previsto per le altre modalità di affidamento.

14. Le varianti in corso d'opera (art. 25, legge n. 109/94)

L'articolo 25 della legge 109/94 disciplina la possibilità di varianti in corso d'opera, previste in virtù della complessità dell'esecuzione, ma soprattutto della difficoltà di prevedere esattamente quale sarà l'andamento dei lavori e quali caratteristiche essi debbano avere, anche in considerazione delle condizioni nelle quali sono svolti.

Il fatto che l'opera possa essere modificata nel corso dell'esecuzione, rispetto alla previsione iniziale contenuta nel contratto, fa eccezione al principio generale della perfetta corrispondenza tra l'adempimento e l'impegno assunto, che costituisce un momento fondamentale del diritto dei contratti. Ed infatti l'adempimento è definito dal codice civile come l'esatta realizzazione della prestazione dovuta (artt. 1176 e segg.).

L'art. 25 prevede che le varianti possano essere effettuate solo in casi determinati, legati ad esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari, o a cause impreviste e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal regolamento di attuazione, o all'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale; ancora, sono possibili varianti se causate dalla presenza di eventi inerenti la natura e specificità dei beni sui quali si interviene, verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale; nei casi previsti dall'articolo 1664, secondo comma, del codice civile¹⁶⁴; infine per il

¹⁶⁴ L'art. 1664 del codice civile stabilisce: *“Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo.*”

manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; in tal caso il responsabile del procedimento ne dà immediatamente comunicazione all'Osservatorio e al progettista.

In tema di varianti va poi sottolineato che l'articolo 11 del nuovo capitolato generale di appalto (D.M. 145/2000) disciplina la possibilità di attuare **varianti migliorative in diminuzione**¹⁶⁵, dalle quali è escluso soltanto l'appalto concorso. Questa innovazione permette che, dopo la stipula del contratto l'impresa possa fare proposte sostitutive purché siano di pari prestazioni e di minor costo rispetto a quelle già approvate: viene aggiunto così, rispetto alla previsione legislativa, un'ulteriore, fondamentale motivo in base al quale è possibile effettuare varianti in corso d'opera.

La circostanza che un atto regolamentare, quale è il decreto ministeriale, effettui una tale aggiunta ad una elencazione fatta dalla legge in modo apparentemente tassativo, deve far riflettere. Essa, infatti, induce a ritenere che, nonostante la lettera dell'art. 25, comma 1, secondo cui le varianti in corso d'opera possono essere ammesse "esclusivamente qualora ricorra" uno dei motivi ivi elencati, tale disposizione non escluda categoricamente che altri ne possano essere individuati, se rispondano ad un interesse pubblico e siano comunque previsti in via normativa. In argomento e per quanto concerne le regioni va preliminarmente rilevato che l'intervento della legge n. 415/98 sul problema "varianti" risponde all'esigenza di evitare che la strumentalizzazione dell'istituto possa arrecare un artificioso aumento dei costi programmati dei lavori realizzati; esso, pertanto, è strumentale alla realizzazione dei principi di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa ed in quanto tale vincolante per le regioni. Queste ultime non potranno, quindi, prevedere, in deroga all'art. 25, 1° comma, della legge n. 109/94, varianti in corso d'opera che aumentino i costi della stessa se non nei limiti fissati dal legislatore; tale dato non

Se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso".

¹⁶⁵ Già ammesse in generale dal 3° comma dell'art. 25 della legge n. 109/94.



si scontra inevitabilmente con la deroga apportata dal 3° comma dello stesso art. 25 e successivamente specificata dal D.M. n. 145/2000. Esso dispone, infatti, solo varianti migliorative in diminuzione, ossia varianti che apportino una diminuzione dei costi dell'opera da realizzare lasciandone inalterata la qualità; va da sé che tale facoltà deve essere concessa anche alle regioni non scontrandosi con il propugnato principio di cui all'art. 25 che vieta le sole varianti “in aumento”.

È facilmente desumibile dalla lettura della previsione suddetta, l'importanza ormai attribuita alla ricerca tecnologica ed alla analisi dei costi. In questo contesto, tuttavia, una critica va fatta alla mancata previsione di una analoga facoltà per l'amministrazione. Infatti, se la proposta fosse consentita anche ad essa a prescindere dai motivi stabiliti dalla legge, l'amministrazione potrebbe ricavare l'intero risparmio, mentre nel caso di proposta effettuata dall'impresa appaltatrice, il ricavato andrebbe diviso con quest'ultima.

Il comma 2 dell'art. 25 stabilisce che i titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza degli errori o delle omissioni della progettazione. Si considerano tali l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle norme di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali (comma 5 bis). Ove le varianti dovute a questi errori eccedano il quinto dell'importo originario del contratto, il contratto è risolto e vi è una nuova gara, alla quale ovviamente potrà partecipare l'aggiudicatario iniziale.

Il comma 3 circoscrive il concetto di varianti chiarendo che non lo sono gli interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, che siano contenuti entro un importo non superiore al 10 per cento per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro e al 5 per cento per tutti gli altri lavori delle categorie di



lavoro dell'appalto e che non comportino un aumento dell'importo del contratto stipulato per la realizzazione dell'opera.

Sono poi ammesse, nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, le varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità, qualora non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto. L'importo in aumento relativo a tali varianti non può superare il 5 per cento dell'importo originario del contratto e deve trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera.

Il fatto che siano ammesse anche varianti in aumento o in diminuzione finalizzate al miglioramento dell'opera, purché non superiori al 5% dell'importo originario del contratto, costituisce un ampliamento introdotto con l'intervento della L. 415/98.

Tale previsione è finalizzata a temperare la rigidità della indicazione puntuale dei casi in cui si può procedere alla realizzazione di varianti. Infatti il legislatore, dopo aver limitato accentuatamente la discrezionalità della pubblica amministrazione su questo punto, prevedendo che le varianti potessero essere apportate solo nei casi previsti dalla legge, ha ribaltato in parte questa impostazione consentendo in termini generali le varianti, seppure nel limite di valore suddetto e nell'ipotesi che siano motivate da circostanze sopravvenute, ed imprevedibili al momento della stipula del contratto.

Le disposizioni legislative osservate non sono derogabili dal legislatore regionale, che dunque ne deve tenere conto nel legiferare sulle materie di sua competenza. Tuttavia, nell'ambito del margine di discrezionalità lasciato all'amministrazione (margine molto esteso, come si è visto, nel caso in cui il valore delle varianti non superi il 5 per cento dell'importo del contratto originario), le normative locali potrebbero dettare una propria disciplina, relativa ai criteri da seguire per l'individuazione dell'opportunità di procedere alle varianti tenendo comunque presente che esse debbono mantenere quale fondamentale punto di riferimento il progetto e non arrivare fino al



punto di stravolgerlo nella sua sostanza. “È connaturata all'idea di variante il rispetto sostanziale del progetto che rappresenta il parametro di raffronto”.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Così E. Follieri, nel commento all'art. 25 della legge n. 109/94, in “*La nuova legge quadro sui lavori pubblici*” (a cura di F. Caringella), Milano, 1999, 812.

15. La disciplina economica dell'esecuzione dei lavori pubblici (art. 26, legge n. 109/94)

Il comma 1 dell'art. 26 contiene disposizioni relative alle conseguenze nei casi di ritardo nei pagamenti dei corrispettivi dovuti all'appaltatore a titolo di acconto, consistenti negli interessi legali e moratori dovuti all'esecutore. Resta ferma, per quest'ultimo, la possibilità di agire ai sensi dell'articolo 1460¹⁶⁷ (eccezione d'inadempimento) del codice civile, ovvero, previa costituzione in mora dell'amministrazione e trascorsi sessanta giorni dalla data della costituzione stessa, di promuovere l'azione consentita per la dichiarazione di risoluzione del contratto.

La previsione della possibilità, per l'appaltatore, di eccepire l'inadempimento dell'amministrazione ed interrompere di conseguenza la propria prestazione è stata introdotta dalla riforma della legge quadro operata dalla L. 415/1998, ed è coerente con l'intento di perseguire un'auspicabile parificazione del regime degli appalti privati e degli appalti pubblici. Il peso di questa disposizione è considerevole se si tiene conto del fatto che l'appaltatore, potendo sospendere lecitamente l'esecuzione dell'opera, è attualmente dotato di uno strumento assai efficace di tutela.

La norma, volta com'è a garantire al privato una posizione paritaria nei confronti della pubblica amministrazione, sembra costituire un principio inderogabile in quanto attribuisce un diritto soggettivo, che non può essere negato in sede di legislazione regionale.

Il comma 3 disciplina, dal punto di vista dei costi, il problema della sopravvenienza contrattuale, consueto nell'ambito degli appalti. Infatti, il contratto di appalto, al pari di qualsiasi altro contratto di durata, è particolarmente legato al rischio di un mutamento delle

¹⁶⁷ L'art. 1460, comma 1, del cod. civ., dispone che nei "contratti con prestazioni corrispettive ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto".

circostanze tale da rendere non più possibile o eccessivamente oneroso adempimento così come originariamente previsto. La norma vieta in modo assoluto la possibilità di procedere alla revisione dei prezzi nei contratti di appalto e concessione per la realizzazione di opere pubbliche, con l'esclusione dell'applicabilità dell'articolo 1664 del codice civile, che prevede che l'appaltatore ed il committente possano chiedere una revisione del prezzo contrattuale nel caso di circostanze imprevedibili che abbiano determinato un'alterazione dei costi previsti superiore al 10 per cento del loro ammontare complessivo. Quest'ultima è una disposizione relativa alla ripartizione del rischio, effettuata in base alla sua prevedibilità, ed ispirata alla logica secondo la quale, se il rischio è prevedibile, è possibile ritenere che le parti ne abbiano tenuto conto nella stipulazione del contratto ed in particolare nell'attribuzione dei rispettivi oneri. Se invece il rischio della sopravvenienza non è prevedibile, ciò probabilmente non sarà accaduto. Questa visione è tesa a ricondurre in ogni caso alla volontà delle parti la soluzione della questione della sopravvenienza, ed a favorire la ripartizione del rischio di eventi imprevedibili tra le due parti, attraverso il meccanismo della revisione del contratto.

Tuttavia, sebbene tale meccanismo corrisponda ad esigenze fondamentali, specialmente nel caso dei contratti amministrativi di appalto, nella pratica esso può dare adito ad abusi, come ad esempio dilungare il completamento dell'opera confidando nell'introduzione di varianti a lavori iniziati, nonché nella revisione dei prezzi.

Perciò la legge 109/94, così come modificata dalla legge 415/98, ha previsto all'art. 26 che per gli appalti di lavori ed opere pubbliche non è ammesso procedere alla revisione dei prezzi, e la non applicabilità agli stessi dell'art. 1664 cod. civ., comma 1.

Il comma 4 dell'art. 26 tende a mitigare il rigore di queste disposizioni con lo strumento del contratto a prezzo chiuso, che si applica per i lavori di cui al comma 3 e consiste nel prezzo dei lavori al netto del ribasso d'asta, aumentato di una percentuale da applicarsi nel caso in cui la differenza tra il tasso di inflazione reale ed il tasso di inflazione programmato nell'anno precedente sia superiore al 2%,



all'importo dei lavori ancora da eseguire per ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori stessi.

Le norme summenzionate sono evidentemente volte a garantire la stabilità del prezzo dell'opera appaltata prevenendo manovre suscettive di alterare artificiosamente il valore; esse sono, dunque, strumentali alla soddisfazione dei principi di buona andamento della p.a. inteso sotto i profili dell'efficienza ed efficacia dell'azione pubblica ed in quanto tali vincolanti anche per le regioni.

16. La direzione dei lavori, collaudi e vigilanza (artt. 27 e 28, legge n. 109/94)

La distinzione tra principio e disciplina di dettaglio opera nelle disposizioni relative alla direzione dei lavori ed ai collaudi, di cui agli articoli 27 e 28. Tali articoli muovono dall'esigenza di assicurare un distacco netto tra l'attività di esecuzione dell'opera rimessa all'imprenditore, e quelle riservate all'amministrazione (direzione dei lavori e collaudo). L'articolo 27 impone all'amministrazione aggiudicatrice di istituire o adeguare propri uffici tecnici di direzione lavori e di prevedere come complementare l'affidamento delle stesse attività ad altre amministrazioni pubbliche o l'attribuzione dell'incarico a professionisti selezionati, secondo criteri oggettivi ed in conformità alle disposizioni comunitarie.

L'articolo 28, delinea, invece, un insieme di principi entro i quali il regolamento generale ex art. 3 della legge quadro, attualmente emanato con D.P.R. 554/99, deve disciplinare dettagliatamente la delicata fase del collaudo.

Per quanto concerne l'art. 27 della legge n. 109/94 va immediatamente notato un parallelismo con la disciplina di cui all'art. 17 della stessa legge in materia di scelta del progettista. Difatti anche la direzione dei lavori, deve essere preferibilmente e tendenzialmente affidata ad organi interni alle amministrazioni aggiudicatrici, che *“sono obbligate ad istituire un ufficio di direzione dei lavori costituito da un direttore dei lavori ed eventualmente da assistenti”*¹⁶⁸.

L'ambito soggettivo della norma si estende esclusivamente alle “amministrazioni aggiudicatrici”, ossia i soggetti di cui all'art. 2, comma 2, lett. a)¹⁶⁹, fra le quali come più volte detto non possono ricomprendersi le regioni. Tale dato di fatto non è però da solo idoneo ad esentare le regioni dall'obbligo di predisporre uffici interni di

¹⁶⁸ Art. 27, 1° comma, della legge n. 109/94.

¹⁶⁹ Il tenore letterale della norma in esame esclude dal proprio ambito soggettivo di operatività anche i soggetti di cui alle lettere b) e c) del medesimo articolo.



direzione dei lavori atteso che la prescrizione normativa nel suo nucleo essenziale è strumentale al perseguimento dei principi di efficienza ed efficacia della p.a., nonché di razionale organizzazione della medesima ed in quanto tale, al pari di quanto già è detto in tema di progettazione, può vincolare la loro potestà normativa concorrente ed esclusiva. Tale disposizione prevede, fra l'altro, delle eccezioni sulle quali non ci si soffermerà attesa la loro analogia con quelle della progettazione al cui commento si rimanda; è bene però precisare che qualora l'incarico debba essere assegnato ad un soggetto "esterno" la regione sarà libera di definire proprie procedure di affidamento - ovviamente nel rispetto dei principi della trasparenza e della libera concorrenza - qualora l'importo sia inferiore alla soglia comunitaria¹⁷⁰, diversamente dovrà uniformarsi alle procedure definite dal D.Lgs. n. 157/95.

Per quanto concerne le disposizioni dell'articolo 28, esse assumono carattere riformatorio del procedimento di collaudo, fissando un quadro di principi ai quali la regolamentazione di dettaglio dovrà ispirarsi.

La legge stabilisce all'art. 28, comma 1, che il collaudo finale deve avvenire entro sei mesi dall'ultimazione dei lavori. Il procedimento di collaudo prende avvio dalla nomina dei collaudatori¹⁷¹, che va fatta dalle stazioni appaltanti entro trenta giorni dalla data di ultimazione dei lavori, ovvero dalla data di consegna dei lavori nel caso di collaudo in corso di opera, secondo quanto specificato dall'art. 188, comma 1, del D.P.R. 554/99. I soggetti ai quali è affidato l'incarico di collaudo devono essere dotati di specifici requisiti di qualificazione professionale, così come individuati dal regolamento stesso. Seguono le operazioni di verifica, previste in modo estremamente dettagliato dal regolamento, ed infine la certificazione dell'avvenuto collaudo, secondo le modalità prescritte anch'esse dallo stesso D.P.R.554/99. Nei casi previsti dalla legge il certificato di collaudo può essere sostituito dal certificato di regolare esecuzione.

¹⁷⁰ 200.000 D.s.p. con controvalore in Euro.

¹⁷¹ Da un numero di 1 a quello massimo di 3.



Sulla scorta delle considerazioni più volte esperite circa la fattiva applicabilità del regolamento di delegificazione alle regioni, va ulteriormente ribadito che a queste ultime non sono applicabili nemmeno le norme regolamentari relative al collaudo. Discutibile è altresì la vincolatività della norma legislativa di cui all'art. 28 che fissa nel termine di sei mesi la scadenza ultima per l'effettuazione del collaudo. La norma mira indubbiamente a garantire la tempestività dell'azione della p.a., ma non pare che le regioni possano ritenersi vincolate al rispetto puntuale della stessa tempistica, sempre che si attengano nell'esercizio della propria potestà normativa a quel medesimo principio statuito dal legislatore nazionale, ossia la tempestività dell'azione amministrativa.

Il comma 2 dell'art. 28 stabilisce il divieto di affidare i collaudi a magistrati ordinari, amministrativi e contabili. Tale divieto è stato invero esteso, ad opera del regolamento, anche agli avvocati ed ai procuratori dello Stato nell'apparente assenza di una norma di grado superiore di legittimazione. Tuttavia, questo non significa che, sul punto, il contenuto del regolamento ecceda la competenza assegnata dalla legge; quest'ultima, infatti, riconosce ad esso la possibilità a stabilire i requisiti professionali dei collaudatori, e quindi ad introdurre divieti ulteriori rispetto a quelli già contemplati dalla legge, ma non viceversa (escludere, cioè, l'operatività di taluni divieti contenuti nella legge). Per la stessa ragione si può ritenere che l'art. 28 comma 2 non abbia abrogato implicitamente l'art. 5, comma 3, lett. b), del D.P.R. 31 dicembre 1993, n. 584, che già vietava la partecipazione alle commissioni di collaudo degli avvocati e dei procuratori dello Stato: quest'ultima deve essere considerata disposizione ancora vigente.

Anche in questo caso comunque la norma regolamentare non è applicabile alle regioni che, comunque, sono obbligate a rispettare i divieti legislativi (non solo della legge n. 109/94, bensì anche della legge n. 584/93) in quanto espressione dei principi di imparzialità e di trasparenza dell'azione pubblica.



L'art. 28, comma 3, della legge quadro stabilisce poi che il certificato di collaudo, redatto secondo le modalità previste dal regolamento, ha carattere provvisorio e assume carattere definitivo decorsi due anni dalla sua emissione. Decorso tale termine, il collaudo si intende tacitamente approvato ancorché l'atto formale di approvazione non sia intervenuto entro due mesi dalla scadenza del medesimo termine. Nel caso di lavori di importo sino a 200.000 Ecu¹⁷² il certificato di collaudo è sostituito da quello di regolare esecuzione; per i lavori di importo superiore, ma non eccedente il milione di Ecu, è facoltà del soggetto appaltante sostituire il certificato di collaudo con quello di regolare esecuzione. Il certificato di regolare esecuzione è comunque emesso non oltre tre mesi dalla data di ultimazione dei lavori.

Queste disposizioni, a differenza di quelle contenute nei primi due commi dell'art. 28 che delegano al regolamento la disciplina degli aspetti da essi indicati, appaiono direttamente applicabili alle regioni, salvo quella riguardante le modalità di redazione del certificato di collaudo, rimesse alla disciplina regolamentare. L'esercizio della potestà legislativa regionale potrà mutare le soglie di valore ovvero la denominazione del certificato "semplificato", ma dovrà inevitabilmente attenersi al principio della semplificazione procedimentale alla cui soddisfazione è strumentale il 3° comma dell'art. 28. Inoltre va notato che vi è identità di contenuto e di scopo tra le due certificazioni, nonostante sia stato osservato che l'attestazione di regolare esecuzione consenta di instaurare un procedimento più agile, meno complesso ed anche meno oneroso per la stessa amministrazione appaltante. La dimostrazione dell'identità funzionale delle due certificazioni deriva invece dalla giurisprudenza, che attribuisce loro le stesse conseguenze giuridiche¹⁷³.

In conclusione la previsione di un certificato di regolare esecuzione per i lavori di non elevato importo risponde all'esigenza di semplificare l'azione della p.a. e pertanto, in quanto principio

¹⁷² Ora controvalore in Euro di 200.000 D.s.p.

¹⁷³ In questo senso, si veda la sentenza della Cassazione civile, sez. I, 20 gennaio 1994, n. 518.



fondamentale dell'ordinamento giuridico, trova applicazione anche nei confronti delle regioni.

Il comma 4 dispone che, per le operazioni di collaudo, le amministrazioni aggiudicatrici nominano da uno a tre tecnici di elevata e specifica qualificazione con riferimento al tipo di lavori, alla loro complessità e all'importo degli stessi. I tecnici sono nominati dalle predette amministrazioni nell'ambito delle proprie strutture, salvo che nell'ipotesi di carenza di organico accertata e certificata dal responsabile del procedimento.

La preferenza accordata dal legislatore all'utilizzo di personale interno alla stessa amministrazione per l'espellimento degli incarichi di collaudo è coerente con quanto già stabilito per la progettazione e per la direzione dei lavori, tanto che viene posta, per il ricorso a personale esterno, l'identica condizione, già individuata con riguardo all'affidamento degli incarichi di collaudo, della carenza di personale interno all'amministrazione.

La circostanza, tra l'altro, che la rubrica dell'articolo in commento sia "collaudi e vigilanza", rende evidente l'intento del legislatore di ricondurre il collaudo a procedimento non dissimile dalla vigilanza interna, ed, in quanto tale, da configurare quale controllo svolto dalla stessa amministrazione.

Il comma 5 dell'articolo 28 stabilisce che il collaudatore o i componenti della commissione di collaudo non devono: avere svolto alcuna funzione nelle attività autorizzatorie, di controllo, di progettazione, di direzione, di vigilanza e di esecuzione dei lavori sottoposti a collaudo; avere avuto nell'ultimo triennio rapporti di lavoro o di consulenza con il soggetto che ha eseguito i lavori; fare parte di organismi che abbiano funzioni di vigilanza, di controllo o giurisdizionali.

Ora, i principi della preferenza per il ricorso al personale interno e della separazione fra l'attività di collaudo e le altre attività esecutive sono veri e propri assi portanti della riforma dei lavori pubblici la cui presenza è già stata riscontrata in altri settori della legge quadro (per



tutte la progettazione). Essi sono funzionalmente volti a garantire l'efficienza, l'efficacia e l'imparzialità dell'azione amministrativa ed in quanto tali, possono ritenersi vincolanti per le regioni.

Per alcune tipologie di particolare complessità tecnica o di grande rilevanza economica, alla cui individuazione provvede il regolamento, il collaudo è effettuato sulla base di apposite certificazioni di qualità dell'opera e dei materiali (art. 28, comma 6).

Il comma 7 dell'art. 28, invece, delimita direttamente i casi in cui è obbligatorio il collaudo in corso d'opera; le indicazioni fornite sono però piuttosto generiche e lasciano spazio ad un ampio margine di discrezionalità nell'individuazione dei momenti in cui sia necessario procedervi. Esse si riferiscono infatti a circostanze quali l'affidamento della progettazione a soggetti esterni all'amministrazione, la particolare complessità delle opere, l'affidamento di lavori in concessione, o altri casi previsti dal regolamento¹⁷⁴.

Il tenore dell'indicazione legislativa è generale; tuttavia risulta chiara la sua ragione di fondo, che è quella di predisporre un controllo costante sull'andamento dell'opera, anche nel corso del suo svolgimento, qualora essa richieda competenze tecniche particolarmente elevate (lavori di speciale complessità), o quando la direzione o l'intera gestione dei lavori sia affidata a soggetti diversi dallo Stato o dagli enti pubblici (mediante concessione). Tale finalità costituisce un principio fondamentale al quale la legislazione regionale deve uniformarsi.

¹⁷⁴ Tali casi sono:

- a) quando la direzione dei lavori sia stata affidata, a soggetti esterni;
- b) quando si tratti di opere e lavori di cui all'articolo 2, comma 1, lettera i) (progetto integrale);
- c) nel caso di intervento affidato in concessione;
- d) nel caso di intervento affidato ai sensi dell'articolo 19, comma 1, lettera b), punto 1), della legge (relativo, cioè a lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 50 per cento sul valore dell'opera);
- e) nel caso di opere e lavori su beni soggetti alla vigente legislazione in materia di beni culturali e ambientali;
- f) nel caso di opera o lavoro comprendenti significative e non abituali lavorazioni non più ispezionabili in sede di collaudo finale;
- g) nei casi di aggiudicazione con ribasso d'asta superiore alla soglia di anomalia determinata ai sensi delle vigenti disposizioni.



Nei casi di affidamento dei lavori in concessione, il responsabile del procedimento esercita anche le funzioni di vigilanza in tutte le fasi di realizzazione dei lavori, verificando il rispetto della convenzione.

Il pagamento della rata di saldo, disposto previa garanzia fidejussoria, deve essere effettuato non oltre il novantesimo giorno dall'emissione del certificato di collaudo provvisorio ovvero del certificato di regolare esecuzione e non costituisce presunzione di accettazione dell'opera, ai sensi dell'articolo 1666, secondo comma, del codice civile. Salvo quanto disposto dall'articolo 1669 del codice civile, l'appaltatore risponde per la difformità ed i vizi dell'opera, ancorché riconoscibili, purché denunciati dal soggetto appaltante prima che il certificato di collaudo assuma carattere definitivo.

L'art. 29 della legge n. 109/94 disciplina la pubblicità degli appalti e delle concessioni e provvede dunque ad informare la realizzazione dei lavori pubblici alle regole della correttezza e della trasparenza, e, contestualmente, stimolare la massima concorrenzialità tra gli operatori favorendo un'ampia partecipazione alle gare d'appalto nel rispetto delle regole riconosciute non solo in ambito nazionale, ma europeo.

La pubblicità è lo strumento volto a garantire la trasparenza, dunque essa deve essere prevista nella disciplina procedimentale degli appalti pubblici.

La triplice distinzione in base al valore dell'appalto, cui va regolata la forma di pubblicità, è un principio che ricorre anche per gli affidamenti degli in carichi di progettazione, per cui si rinvia a quanto detto a tale proposito nell'analisi dell'articolo 17.

17. Le garanzie e coperture assicurative (art. 30, legge n. 109/94)

L'articolo 30 della legge 109/1994 così come modificato dalla legge 415/1998, si colloca quale norma di fondamentale equilibrio all'interno della disciplina degli appalti pubblici: essa, infatti, appare preordinata alla costruzione di un sistema "delle garanzie", la cui definizione normativa è necessaria come presupposto di funzionalità e credibilità della disciplina.

Il complesso delle disposizioni di cui all'art. 30, peraltro, concerne non solo il regime delle garanzie, ma anche quello delle coperture assicurative richieste dalle amministrazioni appaltanti, costituendo, così, uno degli aspetti più rilevanti e caratterizzanti della legge di riforma.

Secondo il primo comma, con la prestazione della cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo globale dei lavori che deve corredare l'offerta, deve altresì essere prestato anche l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia di cui al comma 2 - per un valore del 10% dell'importo contrattuale - qualora l'offerente risultasse aggiudicatario¹⁷⁵; la fideiussione bancaria o assicurativa relativa alla cauzione provvisoria, precisa poi il nuovo comma 2 - bis, dovrà infine avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta. A definire compiutamente il destino della cauzione provvisoria (definita anche "garanzia di mantenimento dell'offerta") provvedono i novellati¹⁷⁶ periodi secondo e terzo dell'art. 30 comma 1°, che ne prevedono la restituzione automatica al momento della sottoscrizione del contratto nel caso degli aggiudicatari, e la restituzione, entro trenta giorni dall'aggiudicazione, ai non aggiudicatari.

Quest'ultima previsione appare trovare la sua giustificazione nell'esigenza di consentire la conservazione della garanzia provvisoria

¹⁷⁵ Articolo 9, comma 52, della legge 415/1998.

¹⁷⁶ Ad opera dell'articolo 9, comma 53 della legge 415/1998.



per un tempo utile a procedere ad una nuova aggiudicazione in caso di mancata stipula del contratto con l'aggiudicatario; tale obiettivo, tuttavia, può essere raggiunto solo se le parti riescono a completare gli adempimenti preliminari e procedono alla stipula del contratto entro trenta giorni dall'aggiudicazione.

Un deciso rafforzamento della posizione della pubblica amministrazione, deriva dall'ampliamento dell'ambito di operatività della cauzione: essa infatti copre ora la mancata sottoscrizione del contratto "per **fatto** dell'aggiudicatario", senza quindi la necessità di dimostrare alcuna partecipazione volontaria di quest'ultimo¹⁷⁷.

Altro intervento di rilievo è quello operato dal comma 54 dell'articolo 9 della L. 415/1998, il quale conferma la previsione, in merito alla "cauzione definitiva"¹⁷⁸ di cui all'art. 30 comma 2 L. 109/1994, di un automatico adeguamento d'essa "*in caso di aggiudicazione con ribasso d'asta superiore al venti per cento*"; *in questo caso, però, diversamente dal sistema previgente, la garanzia fideiussoria è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 20%*"; questo anche allo scopo di limitare il fenomeno dell'eccessivo ribasso delle offerte.

La disposizione contenuta nel comma 2 bis, secondo cui le fideiussioni bancarie o le polizze assicurative dell'appaltatore dovranno prevedere "espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale", configura un contratto autonomo di garanzia, in cui vi è la società bancaria o assicuratrice quale alternativo, *autonomo*, creditore. La caratteristica dell'autonomia dell'obbligo del garante comporta l'impossibilità, da parte di quest'ultimo, di opporre le eccezioni o le difese spettanti al debitore principale (l'impresa aggiudicataria); comporta, altresì, l'impossibilità di esercitare, eventualmente, una azione di ripetizione nei confronti del creditore garantito per quanto a questo il garante abbia indebitamente pagato; il garante potrà così soltanto rivalersi, in un secondo momento, presso il debitore ordinante. A ciò, si aggiunge

¹⁷⁷ La precedente versione della norma parlava infatti di "volontà dell'aggiudicatario".

¹⁷⁸ La cauzione rilasciata in caso di aggiudicazione dei lavori.



l'operatività della fideiussione bancaria o della polizza assicurativa entro quindici giorni dalla semplice richiesta scritta da parte della stazione appaltante. Nel complesso, ne deriva un apparato in grado di assicurare, almeno teoricamente, un effetto di grande immediatezza a tutela degli interessi della pubblica amministrazione.

A sua volta il comma 7 - *bis* del predetto art. 30 prevede l'istituzione, per i lavori di importo superiore ai 100 milioni di Ecu¹⁷⁹, di un sistema di garanzia globale di esecuzione del quale potranno avvalersi i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, lett. a) e b). Si tratta dell'inserimento nel nostro ordinamento della figura del negozio atipico conosciuto come *performance bond* intendendosi con questa denominazione una forma di garanzia autonoma assai ricorrente nella prassi del commercio internazionale e consistente nella garanzia d'adempimento assistita dalla clausola dell'obbligo di pagamento a prima richiesta

Come si è avuto modo di rilevare, la stipula del contratto è implicitamente condizionata alla costituzione della cauzione definitiva: in caso contrario, infatti, l'aggiudicatario subisce la revoca dell'affidamento, e l'amministrazione appaltante provvede, incamerata la cauzione provvisoria, ad attribuire l'appalto o la concessione al concorrente che segue in graduatoria.

La cauzione definitiva viene prestata a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché a garanzia del rimborso delle somme pagate in più all'appaltatore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno.

Questa figura di garanzia costituisce un tipo contrattuale non disciplinato dall'ordinamento: esso può essere definito, tuttavia, come dotato di tipicità sociale, assai noto e frequente nel commercio internazionale.

¹⁷⁹ Ora il controvalore in Euro di 100 milioni di D.s.p.



Secondo il comma 3 dell'articolo 30, l'esecutore dei lavori è altresì obbligato a stipulare una polizza assicurativa che tenga indenni le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri enti aggiudicatori o realizzatori da tutti i rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati, salvo quelli derivanti da errori di progettazione, insufficiente progettazione, azioni di terzi o cause di forza maggiore, e che preveda anche una garanzia di responsabilità civile per danni a terzi nell'esecuzione dei lavori sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio.

Inoltre, il comma 4 prevede che per i lavori il cui importo superi l'ammontare stabilito con decreto del Ministro dei lavori pubblici, l'obbligo dell'esecutore a stipulare, con decorrenza dalla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio, una polizza indennitaria decennale, nonché una polizza per responsabilità civile verso terzi, della medesima durata, a copertura dei rischi di rovina totale o parziale dell'opera, ovvero dei rischi derivanti da gravi difetti costruttivi.

Il comma 5 stabilisce infine che il progettista o i progettisti incaricati della progettazione esecutiva devono essere muniti, a far data dall'approvazione del progetto, di una polizza di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di propria competenza, per tutta la durata dei lavori e sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio. Tale polizza, per tutta la durata dei lavori e comunque fino all'emissione del certificato di collaudo, dovrà coprire, oltre alle nuove spese di progettazione, anche i maggiori costi che l'amministrazione deve eventualmente sopportare per le varianti rese necessarie in corso di esecuzione per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudichino in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione. La mancata presentazione da parte dei progettisti della polizza di garanzia esonera le amministrazioni pubbliche dal pagamento della parcella professionale.

Dalla lettura del complesso delle norme contenute nell'articolo 30 si evince che il legislatore ha voluto prevedere un sistema di



garanzie completo ed efficiente, senza tuttavia indicare per la loro costituzione strumenti contrattuali tipizzati: ciò che è prevalente e sicuramente rispondente al principio di buon andamento della p.a. e che vale dunque come principio per la restante legislazione, è la necessità di assicurare una tutela globale della certezza del completamento dell'opera pubblica, da realizzare attraverso l'inserimento dell'organismo bancario e assicurativo nella fase realizzativa dei lavori laddove questi ultimi dovessero bloccarsi per causa dell'impresa aggiudicataria. La potestà legislativa regionale sarà, pertanto, limitata da tale principio, ma non certamente dalle singole prescrizioni attuative recate dall'art. 30 alle quali non può essere attribuito altro valore che quello di norme meramente procedurali.

18. I piani di sicurezza (art. 31, legge n. 109/94)

La norma in esame interviene nella materia della cd. “sicurezza dei cantieri”.

Il concetto di sicurezza sui luoghi di lavoro, inteso come obbligo da parte del datore di lavoro di adottare le misure idonee ad assicurare l'integrità fisica dei propri dipendenti nell'esercizio della propria attività lavorativa, è andato nel tempo evolvendosi come dimostrato ampiamente dall'evoluzione normativa che ha contraddistinto la materia in esame.

Si è difatti passati da una concezione statica della sicurezza sui luoghi di lavoro estrinsecata dalla produzione normativa degli anni '55 – '56, ad un'altra funzionale che ha imposto ai soggetti coinvolti la predisposizione di piani operativi e preordinati all'individuazione dei reali fattori di rischio caratterizzanti la prestazione dei lavoratori, nonché la misure idonee a prevenirli¹⁸⁰ e che ha trovato nei D. Lgs. n. 626/1994 e n. 494/96 – di recepimento della normativa comunitaria in materia - i principali referenti normativi.

Per quanto concerne la materia dei lavori pubblici, l'obbligo di redazione dei piani di sicurezza è stato introdotto per la prima volta dall'art. 18, 8° comma, della legge 19 marzo 1990, n. 55¹⁸¹ e successivamente confermato dall'art. 24 del D.Lgs. n. 406 che, nel recepire la Direttiva CEE n. 89/440, obbliga la stazione appaltante a richiedere agli offerenti l'indicazione che essi hanno tenuto conto della normativa in materia di sicurezza vigente nel luogo in cui i lavori dovranno essere eseguiti.

Di seguito l'art. 31 della legge n. 109/94 al 1° comma, non modificato dai successivi interventi del legislatore sulla materia, ha

¹⁸⁰ Per una disamina più approfondita circa l'evoluzione del concetto di sicurezza sia consentito rinviare alla pubblicazione del Centro Studi CNI “*Il ruolo degli ingegneri nella sicurezza*”, 2000, Roma.

¹⁸¹ Il quale testualmente dispone: “*Le stazioni committenti stabiliscono a carico delle imprese esecutrici l'obbligo di predisporre, prima dell'inizio dei lavori, il piano delle misure di sicurezza fisica dei lavoratori.....*”



disposto: “*entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge il Governo, su proposta dei Ministri del lavoro e della previdenza sociale, della sanità e dei lavori pubblici, sentite le organizzazioni sindacali e imprenditoriali maggiormente rappresentative, emana un regolamento in materia di piani di sicurezza nei cantieri edili in conformità delle direttive 89/931 CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, 92/57 del Consiglio, del 24 giugno 1992, e alla relativa normativa nazionale di recepimento*”.

Ora, è proprio sull'esatta interpretazione della norma summenzionata che poggia la problematica della definizione dell'ambito di operatività dell'art. 31 della legge n. 109/94 nei confronti delle regioni. Premesso che allo stato attuale la Direttiva CEE n. 92/57 è stata già recepita dal legislatore nazionale con il D.Lgs. n. 494/96, va rilevato che la materia della “sicurezza sui luoghi di lavori” per il suo particolare valore sociale è di pertinenza esclusiva dello Stato che, come sopra anticipato, è intervenuto a regolamentarla con due Decreti, rispettivamente: il D.Lgs. n. 626/94 e – con particolare riferimento ai cantieri – appunto il summenzionato D.Lgs. n. 494/96. Considerando, inoltre, che la materia non è annoverata nell'ambito dell'elencazione di cui all'art.117 della Costituzione che individua le materie nelle quali è riservata alle regioni una potestà legislativa concorrente, va da se che queste ultime saranno tenute ad applicare puntualmente la normativa che nella materia *de qua* è stata dettata dal legislatore nazionale.

La normativa in materia di sicurezza sul lavoro viene, però, dal legislatore inserita organicamente nell'ambito della disciplina dei lavori pubblici che, come oramai più volte fatto rilevare, sono invece pienamente assoggettati (se di interesse regionale) alla potestà legislativa concorrente delle regioni; è bene dunque esaminare fino a qual punto la materia della sicurezza sui luoghi di lavoro mantenga una sua propria autonomia rispetto a quella dei lavori pubblici. Nel caso, infatti, in cui si dovesse negare tale autonomia e la materia fosse riconducibile a quella dei lavori pubblici susciterebbe forti perplessità l'operatività del regolamento di cui all'art. 31, 1° comma della legge n. 109 alle regioni. Difatti, in questo ultimo caso, riconosciuta la natura



attuativa¹⁸² del regolamento in oggetto sarà possibile riconoscere l'applicazione alle regioni solamente nell'ipotesi nella quale queste ultime non abbiano potestà legislativa nella materia¹⁸³.

A nostro avviso pare preferibile ritenere la materia della sicurezza sui luoghi di lavoro autonoma rispetto a quella dei lavori pubblici per quanto ad essa intimamente connessa. Tale considerazione trova conferma nella circostanza che il legislatore ha provveduto a regolamentarla in via del tutto autonoma predisponendo un quadro normativo – appunto i D.Lgs. n. 626/94 e n. 494/96¹⁸⁴ - che recepisce fra l'altro una normativa comunitaria la quale, pur prescindendo dalle considerazioni di cui sopra, sarebbe da sola applicabile alle medesime regioni in forza dell'art. 1, 1° comma della legge n. 109/94 e dei principi generali che reggono l'ordinamento giuridico italiano. Lo stesso D.Lgs. n. 494/96, all'art. 12 provvede, inoltre, a definire esaustivamente il contenuto dei piani di sicurezza con la chiara conseguenza che la stessa regione, anche per l'affidamento di lavori pubblici di interesse regionale, dovrà a quest'ultima fare integralmente riferimento e non certo all'art. 31, 1° comma, della legge n. 109/94 che si limita a prevedere l'emanazione di un regolamento attuativo; regolamento che, comunque, proprio perché interveniente in una materia sottratta alla potestà normativa regionale sarà comunque applicabile alle regioni stesse. La considerazione del fatto che la *vis attractiva* dei lavori pubblici non sia tale da togliere autonomia alla materia della sicurezza sui luoghi di lavoro trova ulteriore conferma nella previsione normativa di cui al 2° comma del più volte citato art. 31 nel quale è stabilito che gli oneri relativi alla sicurezza vanno evidenziati nei bandi di gara, ma non

¹⁸² È di tutta evidenza che il regolamento di cui all'art. 31, 1° comma, non potrà essere equiparato a quello generale di cui all'art. 3 che è appunto di delegificazione in quanto richiede, infatti, che la fonte primaria enunci i principi ed i criteri generali della materia affidando al regolamento la sua disciplina sostanziale e contestualmente disponendo l'abrogazione della normativa vigente (art. 17, 2° comma legge n. 400/1988). Nel caso di specie, richiamando l'art.31 la normativa nazionale e comunitaria in materia, il regolamento governativo da esso preannunciato, lungi dall'aver un effetto delegificante, potrà, tutt'al più, configurarsi come regolamento attuativo diretto ad integrare in maniera più o meno estesa la vigente (che continua a rimanere tale) normativa nazionale.

¹⁸³ Si veda quanto detto in sede di commento dell'art. 3 e dell'art. 8 della legge n. 109/94.

¹⁸⁴ Quest'ultimo riguardante in modo specifico i cantieri edili.



sono assoggettati a ribasso d'asta. Essi, pertanto, esulano dalla contrattazione intercorrente fra l'amministrazione committente ed i concorrenti circa la realizzazione dei lavori.

Alcune considerazioni sono poi necessarie circa le altre norme recate dall'articolo oggetto di disamina. Stabilisce l'art. 31, 2° comma, della legge n. 109/94 che *“le gravi o ripetute violazioni dei piani stessi da parte dell'appaltatore o del concessionario, previa formale costituzione in mora dell'interessato, costituiscono causa di risoluzione del contratto”*. Ora, tale speciale sanzione che il legislatore commina all'appaltatore nel caso di violazione della normativa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro è da ritenersi connessa a quest'ultima ed in quanto tale esorbitante dall'ambito di operatività della potestà normativa regionale. Lo stesso regolamento di cui al comma 1° dell'art. 31 potrà ritenersi applicabile alle regioni nella parte in cui il legislatore nazionale demanda allo stesso l'individuazione delle *“violazioni della sicurezza che determinano la risoluzione del contratto”*.

Le stesse considerazioni varranno per le norme recate dal 3° comma dell'art. 31 della legge n. 109/94 che prevede la nullità o l'annullabilità del contratto di appalto privi del piano di sicurezza¹⁸⁵; d'altra parte le predette sanzioni evidenziano l'importanza che la *voluntas legis* ha riposto al rispetto della normativa in materia di sicurezza.

¹⁸⁵ Più precisamente il legislatore commina la nullità se il contratto è stipulato senza piano di sicurezza successivamente all'entrata in vigore del regolamento di cui al comma 1° dell'art. 31, mentre commina l'annullabilità qualora il contratto in corso alla medesima data non sia integrato dal piano operativo di sicurezza.

19. La definizione delle controversie (artt. 31 bis e 32, legge n. 109/94)

Gli articoli 31 – *bis* e 32 della legge n. 109/94 provvedono ad inquadrare nuovi profili procedurali per la soluzione delle controversie nella materia dei lavori pubblici. È il caso fin d’ora di precisare che proprio la disamina di tali procedure richiede una visione completa del panorama normativo del settore che di recente è stato integrato anche dall’art. 33 del D.Lgs. n. 80/98, nonché dalla legge n. 205 del luglio 2000 che, introducendo l’art. 23 – *bis* nella legge n. 1034/1971 (legge Tar) – ha riscritto *ex novo* il rito nel caso di controversie in materia di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici sostanzialmente abrogando i commi 2° e 3° dell’art. 31 – *bis* della legge n. 109/94. Ora, tale disamina, per quanto di particolare attualità, esorbita dai confini del presente lavoro al quale, diversamente, ben si attaglia l’analisi del 1° comma del summenzionato articolo; tale norma dispone: “.....*qualora a seguito dell’iscrizione di riserve sui documenti contabili, l’importo economico dell’opera possa variare in misura sostanziale e in ogni caso non inferiore al 10% dell’importo contrattuale, il responsabile del procedimento acquisisce immediatamente la relazione riservata del direttore dei lavori e, ove costituito, dell’organo di collaudo e, sentito l’affidatario, formula all’amministrazione, entro novanta giorni dalla apposizione dell’ultima delle riserve di cui sopra, proposta motivata di accordo bonario. L’amministrazione entro sessanta giorni dalla proposta di cui sopra, delibera in merito con provvedimento motivato. Il verbale di accordo bonario è sottoscritto dall’affidatario*”.

È sufficiente considerare la complessità della originaria disciplina delle riserve contenuta nella legge n. 2248 del 1865 e nel Capitolato generale del 1962, n. 1063 per estrinsecare il profilo teleologico della norma in esame: essa è diretta a ridurre le lungaggini del vecchio meccanismo accelerando l’iter procedimentale e sostituendo ad una determinazione unilaterale della p.a.¹⁸⁶ un vero e

¹⁸⁶ Assunta, fra l’altro, solamente dopo l’effettuazione del collaudo.



proprio accordo fra quest'ultima e l'impresa interessata. La stessa natura giuridica dell'accordo conferma quanto ora detto. Difatti la dottrina¹⁸⁷ ha negato a tale accordo la natura di atto conciliativo per l'assenza - oltre alle parti - di un organo terzo, mentre vi individua la natura giuridica privatistica di atto transattivo contraddistinto dalla reciprocità delle concessioni fra le parti.

La previsione di cui all'art. 31 - *bis*, 1° comma della legge n. 109/94, proprio perché recettiva di quella visione "contrattualistica" della funzione amministrativa propugnata dal legislatore fin dal 1990, con la legge n. 241, possiede una ampia valenza deflattiva del contenzioso nella materia dei lavori pubblici e può essere ritenuta strumentale all'attuazione dei principi fondamentali della semplificazione procedimentale, dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

La norma è, dunque, attuativa dei principi fondamentali di efficienza ed efficacia, della procedimentalizzazione e della tempestività dell'azione della p.a. ed in quanto tale limita la potestà normativa regionale nella materia in esame. Posto, dunque, che le regioni sono vincolate, nell'esercizio della loro potestà legislativa, a strutturare procedimenti deflattivi del contenzioso analoghi a quello di cui sopra, il problema è adesso quello di verificare fino a qual punto la procedura di cui all'art. 31 - *bis* 1° comma della legge n. 109/94 possa per esse ritenersi vincolante. Ora, ricordando che la regione è tenuta a rispettare i principi fondamentali e non le singole disposizione recate dalle Leggi della Repubblica, sarà sufficiente che l'Amministrazione strutturi una procedura che abbia una valenza deflattiva quantomeno analoga a quella del legislatore nazionale senza, però, essere obbligata a rispettarne puntualmente le singole prescrizioni¹⁸⁸. È possibile trovare riscontro di quanto ora affermato nello stesso testo della norma in esame applicabile esclusivamente ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, lettera a) e b) in materia di appalti e concessioni, soggetti

¹⁸⁷ R. De Nictolis nel commento all'art. 31 - *bis* della legge n. 109/94 in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, commentario a cura di F. Caringella, 1999, 974.

¹⁸⁸ Per singole prescrizioni intendiamo riferirci ad es: alla soglia della variazione quantomeno pari al 10% dell'importo dei lavori per l'attivazione della procedura; ai termini procedurali e all'obbligo di acquisire la relazione riservata del direttore del lavoro.

fra i quali, come già visto, non rientrano le regioni¹⁸⁹. Il dato normativo non è, peraltro, sufficiente ad escludere l'operatività, anche nei confronti di queste ultime, del propugnato principio dello snellimento procedurale, esso, infatti, trova applicazione per le regioni ai sensi del combinato normativo di cui all'art. 117 della Costituzione e dell'art. 1 della legge n. 109/94 e non certamente in forza dell'art. 31 - *bis* della medesima legge.

Altro principio fondamentale applicabile alle regioni, è quello posto dall'art. 32, 1° comma, della legge n. 109/94 che testualmente dispone: *“Tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dal comma 1 dell'articolo 31 - bis, possono essere deferite ad arbitri”*.

La norma summenzionata, modificata rispetto all'originaria formulazione di cui alla legge n. 109/94, dapprima dalla legge n. 216/95 e successivamente dall'art. 9 della legge n. 415/98, esprime la netta preferenza del legislatore per il ricorso all'istituto dell'arbitrato quale strumento idoneo alla celere definizione delle controversie nella materia dei lavori pubblici; celerità a sua volta funzionale alla tempestività nella realizzazione delle opere e dei lavori, nonché al contenimento della spesa pubblica¹⁹⁰. Intesa in questo senso la norma di cui al 1° comma, dell'art. 32 della “legge Merloni” è dunque espressione di quei principi fondamentali di efficienza ed efficacia, nonché di tempestività dell'azione della p.a. che, come più volte evidenziato, informano e vincolano anche l'operato delle regioni che, conseguentemente non potranno esimersi dal prevedere l'operatività dell'arbitrato quale strumento solutorio delle controversie incorse nella materia dei lavori pubblici di interesse regionale.

È necessario, però, definire l'ambito oggettivo di operatività nei confronti delle regioni della summenzionata norma. La lettera del 1° comma dell'art. 32 citato utilizzando espressamente l'inciso

¹⁸⁹ In tal senso la Corte Costituzionale nella sentenza n. 482/95.

¹⁹⁰ Per un commento sulla norma in esame si veda Angeletti, *“La definizione delle controversie e l'arbitrato”*, in Tassan, Mazzocco, Angeletti e Zoppolato, *“Legge quadro sui lavori pubblici”*, Milano, 1999, 537.

“*possono*”¹⁹¹ con riferimento alle controversie deferibili agli arbitri evidenzia la *facoltatività*, e non certo l’obbligatorietà, dell’istituto dell’arbitrato quale mezzo di risoluzione delle controversie; sul punto il legislatore ha infatti recepito il consolidato orientamento, già estrinsecatosi nella sentenza n. 127/77 e successivamente nella sentenza n. 156/1996¹⁹², della Corte Costituzionale. La Consulta nella prima delle pronunce citate – richiamando l’art. 47 del D.P.R. n. 1063/1962¹⁹³ - statuiva che: “ a seguito del congiunto disposto degli artt. 24, comma 1 della Costituzione (diritto di azione in giudizio e correlativo esercizio, costituzionalmente garantiti), e 102 della Costituzione (riserva della funzione giurisdizionale ai giudici ordinari), il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi *nella libera scelta delle parti*: poiché solo la scelta dei soggetti può derogare al precetto contenuto nell’art. 102, comma 1, della Costituzione”¹⁹⁴. Con la seconda sentenza, invece, la Corte, dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’art. 16 della legge n. 741/81¹⁹⁵, osservava che: “il silenzio serbato dalla pubblica amministrazione riguardo la deroga alla competenza arbitrale - pur a fronte di un rinvio ricognitivo al capitolato generale presente nel bando di gara - o l’inserimento di una clausola compromissoria nella proposta di appalto a trattativa privata; attribuiscono di fatto, alla sola

¹⁹¹ Con ciò modificandosi, già con la legge n. 216/95, l’originaria versione dell’art. 32 della legge n. 109/94.

¹⁹² Si veda *Giornale di dir. amm.vo*, 1996, 523, con nota di S. Cassese; in *Rivista dell’arbitrato*, 1996, 503, con nota di Recchia, *L’arbitrato in materia di opere pubbliche e norme costituzionali*.

¹⁹³ “Capitolato generale delle opere pubbliche” oggi abrogato dal D.P.R. n. 554/99.

¹⁹⁴ La citata pronuncia della Corte Costituzionale faceva riferimento all’art. 47 del capitolato generale nella sua originaria formulazione ossia prima della novella attuata dall’art. 16 della legge n. 741/1981. Ora, tale norma così recitava: “*In deroga alle disposizioni di cui agli artt. 43 e seguenti, la parte attrice ha facoltà di escludere la competenza arbitrale proponendo.....la domanda davanti al giudice competente.....*”; in buona sostanza, riconoscendo tale capacità derogatoria alle parti, essa estrinsecava quel concetto di facoltatività dell’arbitrato successivamente intaccata dal citato art. 16 della legge n. 741/81. Difatti tale norma riformulava il testo dell’art. 47 del Capitolato così statuendo: “*In deroga alle disposizioni di cui agli artt. 43 e seguenti la competenza arbitrale può essere esclusa solo con apposita clausola inserita nel bando o nell’invito di gara, oppure nel contratto in caso di trattativa privata*”. E’ di tutta evidenza che lasciando alla sola stazione appaltante il potere di prevedere o meno la soluzione arbitrale della controversia il legislatore, di fatto, elideva il concetto di facoltatività dello stesso; su tale norma si è abbattuto il giudizio della Consulta che con la citata sentenza n. 152, del 09.05.1996 ne ha dichiarato l’illegittimità costituzionale.

¹⁹⁵ Si veda la nota precedente.



pubblica amministrazione la scelta in favore della competenza arbitrale, che la controparte, se vuole partecipare alla gara deve accettare.....L'arbitrato può invece ritenersi non obbligatorio quando – come prevedeva l'originaria formulazione dell'art. 47.....sia consentita la facoltà, all'una o all'altra parte del rapporto, di scegliere ancora la competenza ordinaria”.

E' necessario, allora, precisare che in forza del principio generale propugnato dalla norma in esame, le regioni saranno obbligate a prevedere, anche per la soluzione delle eventuali controversie afferenti il settore dei lavori pubblici di interesse regionale, la facoltà delle parti di avvalersi dello strumento dell'arbitrato fermo restando il potere delle stesse di rivolgersi al Giudice Ordinario¹⁹⁶.

Fra l'altro il D.Lgs. n. 80/98 e la recente legge n. 205/2000 di riforma del processo amministrativo hanno espressamente riconosciuto al Giudice Amministrativo giurisdizione in materia di procedura di aggiudicazione delle gare di appalto di lavori pubblici lasciando al Giudice Ordinario quella concernente le controversie afferenti all'esecuzione ed alla risoluzione dei medesimi contratti di appalto in quanto concernenti diritti soggettivi e non interessi legittimi. Essendo l'arbitrato alternativo alla giurisdizione ordinaria, ma non certamente a quella amministrativa, esso potrà trovare applicazione solo per le controversie afferenti alla prima (esecuzione ed eventuale risoluzione del contratto), ma non per quelle relative alle procedure di aggiudicazione.

Più controversa è a nostro avviso l'applicazione alle regioni delle altre norme recate dall'art. 32 della legge n. 109/94 e conseguentemente delle regole procedurali definite dal regolamento generale cui l'articolo citato rinvia.

La prima parte del 2° comma di tale articolo dispone: “*qualora sussista la competenza arbitrale, il giudizio è demandato ad un collegio arbitrale costituito presso la camera arbitrale per i lavori*

¹⁹⁶ È opportuno fare presente che la Cassazione, con sentenza n. 4474, del 20.05.1997, ha precisato che la competenza arbitrale può essere derogata anche con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti.

pubblici, istituita presso l'Autorità di cui all'art. 4 della presente legge...". L'istituzione della camera arbitrale risponde alla specifica esigenza – evidenziata nella Relazione della Commissione Lavori pubblici alla norma in esame - “di promuovere una più ampia applicazione (dell'arbitrato) basata su garanzie certe di funzionalità e trasparenza.”; si tratta, dunque, di un “arbitrato amministrato” nel quale è la stessa autorità arbitrale con regolamento a determinare la propria procedura arbitrale¹⁹⁷. Dispone, infatti, il medesimo 2° comma, dell'art. 32: “Con decreto del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro di Grazia e Giustizia, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del regolamento, sono fissate le norme di procedura del giudizio arbitrale nel rispetto dei principi del codice di procedura civile, e sono fissate le tariffe per la determinazione del corrispettivo dovuto dalle parti per la decisione della controversia”¹⁹⁸.

Proprio con riferimento alle camere arbitrali, di recente affermatesi anche in Italia, va rilevato che esse vanno distinte dai collegi arbitrali (che presso o dalle stesse camere sono costituiti); esse si connotano piuttosto come istituzioni aventi la specifica finalità di organizzare e agevolare lo svolgimento della funzione arbitrale in specifici settori¹⁹⁹. Tali istituzioni hanno trovato riconoscimento internazionale con la Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961 ratificata in Italia con la legge 10 maggio 1970, n. 418 ed in Italia, recentemente, con la legge n. 580/1993 pur se limitatamente alle Camere di Commercio.

¹⁹⁷ Si suole distinguere fra un arbitrato *ad hoc* (che è quello regolamentato dalle norme del codice di procedura civile) ed un arbitrato amministrato (quello definito dalla legge quadro) nel quale sono le istituzioni arbitrali a determinare con proprio regolamento le regole della procedura.

¹⁹⁸ Tale regolamento è stato emanato con il D.M. del Ministro dei Lavori pubblici del 02.12.2000, n. 38 “Regolamento recante le norme di procedura del giudizio arbitrale ai sensi dell'art. 32 legge n. 109/94 e successive modificazioni”.

¹⁹⁹ Fra gli organismi camerali più prestigiosi vanno annoverati: la CCI (Corte internazionale di arbitrato della camera di Commercio internazionale di Parigi); la AAA (American Arbitration Association); la LCIA (Corte arbitrale di Londra). Sul punto si veda N. Matassa nel commento all'art. 32 della legge n. 415/98 in “La nuova legge quadro sui lavori pubblici” cit, 1999, 1124 e bibliografia ivi citata. La camera arbitrale in materia di lavori pubblici è regolamentata dall'art. 151 del D.P.R. n. 554/99.

Di tali camere arbitrali non sussiste un modello unico; la determinazione dei poteri loro conferiti viene stabilita individualmente da specifici regolamenti; regolamento cui rinvia anche il 3° comma dell'art. 32 della legge n. 109/94 che dispone: *“Il regolamento²⁰⁰ definisce altresì, ai sensi e con gli effetti di cui all'art. 3 della presente legge, la composizione e le modalità di funzionamento della camera arbitrale per i lavori pubblici; disciplina i criteri cui la camera arbitrale dovrà attenersi nel fissare i requisiti soggettivi e di professionalità per assumere l'incarico di arbitro, nonché la durata dell'incarico stesso, secondo i principi di trasparenza, imparzialità e correttezza”*.

Per verificare fino a qual punto la norma in esame possa vincolare le regioni è bene esaminare la natura dell'arbitrato nella materia dei lavori pubblici: si tratta di un arbitrato a carattere generale come quello disciplinato dalle norme del codice di procedura civile ovvero speciale circoscritto alla sola materia dei lavori pubblici? Evidenti sono le conseguenze a seconda della scelta dell'uno o dell'altro profilo. Se la camera arbitrale e l'arbitrato previsti dall'art. 32 della legge n. 109/94 sono, infatti, istituti specifici della sola materia dei lavori pubblici, la norma in esame non può ritenersi applicabile alle regioni in quanto queste ultime, come più volte detto, sono dotate di una potestà normativa concorrente a quella statale nell'ambito dei lavori pubblici di interesse regionale. Diversamente se la norma statale designa un istituto di carattere generale valevole per qualsivoglia settore, essa esorbiterebbe dalla materia dei lavori pubblici, e rientrerebbe in quello ben più ampio della definizione degli strumenti processuali per la definizione delle controversie che, ovviamente, esorbita dall'ambito oggettivo di operatività della legge regionale si come definito dall'art. 117 della Costituzione.

A nostro avviso è più corretto attribuire alla disposizione in oggetto un profilo specifico, relativo ai soli lavori pubblici anche e soprattutto in forza del tenore letterale dell'art. 32 della legge n. 109/94 che rinvia ad un regolamento ministeriale la definizione delle

²⁰⁰ Ovviamente il regolamento ministeriale di cui al 2° comma della medesima norma.



regole procedurali per l'espletamento dell'arbitrato "nel rispetto dei principi del codice di procedura civile". Tale dato normativo è sufficiente ad evidenziare la specialità dell'istituto, si come definito dalla legge quadro, rispetto a quello codicistico del quale sono richiamati, appunto, i soli principi. Se dunque l'arbitrato è uno strumento "speciale", solutorio di eventuali controversie insorte nella materia dei lavori pubblici, è chiaro che esso è parte integrante della disciplina afferente la regolamentazione della medesima materia sulla quale - qualora pertenga ad interesse regionali - sussiste una competenza legislativa regionale che potrà liberamente esplicitarsi nel rispetto dei principi fondamentali posti dalle leggi della Repubblica.

Ancora, principio fondamentale non può ritenersi la costituzione della "Camera arbitrale" quanto piuttosto le finalità che con tale strumento il legislatore intende conseguire, ossia "un procedimento efficace e rapido, orientato ad un rapporto fiduciario, garantendo, però, allo stesso tempo, una condizione di imparzialità e di terzietà dell'organo giudicante"²⁰¹; in tale contesto le regioni possono autonomamente definire le regole procedurali più idonee per l'espletamento dell'arbitrato, restando unicamente vincolate al perseguimento delle finalità fissate dalla legge nazionale, nonché ai principi generali del codice di procedura civile.

Tale affermazione trova conferma anche nel 3° comma dell'art. 32 della L. n. 109 che demanda al regolamento generale di delegificazione²⁰² la definizione della composizione e delle modalità di funzionamento della predetta Camera arbitrale. Come già detto²⁰³ il regolamento di delegificazione non può trovare applicazione, **nemmeno provvisoria**, per le materie demandate *ex art.* 117 della Costituzione alla competenza normativa regionale sussistendo, in questo caso, fra la fonte normativa regionale e quella statutale un rapporto di competenza e non di gerarchia.

²⁰¹ In questo senso A. Carullo nel commento all'art. 32 della legge n. 109/94 in "*La legge quadro in materia di lavori pubblici*" cit, Padova, 2000, 1011.

²⁰² Articoli 150 e 151 del D.P.R. n. 554/99.

²⁰³ Si vedano sul punto i commenti all'art. 1 e 3 della legge n. 109/94.

Le stesse motivazioni possono addursi a sostegno dell'inapplicabilità agli enti diversi dallo Stato del regolamento ministeriale di cui al 2° comma dell'art. 32 della legge al quale è demandata la determinazione delle regole procedurali dell'arbitrato; nel caso di specie addirittura la fonte normativa è un regolamento ministeriale la cui efficacia normativa è inferiore a quella del regolamento governativo quale è appunto il D.P.R. n. 554/99²⁰⁴.

Constatata, pertanto, l'inapplicabilità alle regioni della normativa regolamentare statale; considerata la previsione normativa di cui al 4° comma dell'art. 32 della legge che dispone l'abrogazione degli articoli 42 - 51 del capitolato generale a seguito dell'entrata in vigore del regolamento di cui all'art. 3 della stessa legge²⁰⁵ e che la mancanza di leggi regionali priverà le regioni di un'adeguata normativa sull'arbitrato; rilevata infine la circostanza del generale richiamo pattizio²⁰⁶ sino ad oggi effettuato dalle medesime regioni alle norme abrogate, quale è allo stato attuale la disciplina concretamente applicabile agli arbitrati regionali?

Non potendo ritenersi fondato il richiamo all'ultrattività del D.P.R. n. 1063 del 1962 la cui abrogazione ad opera del regolamento generale ha effetto per l'intero territorio nazionale, è necessario fare riferimento all'autonomia negoziale delle parti. È dunque chiaro che la regione, pur essendo abrogati gli articoli 43 - 51 del Capitolato generale ben potrà contrattualmente riprodurre - proprio in forza della propria autonomia negoziale - il contenuto; essa potrà altresì delineare una disciplina dell'istituto derogatoria anche di quella delineata dalle

²⁰⁴ Tale regolamento è stato attualmente approvato con il D.M. del Ministero dei lavori pubblici n. 398, del 02.12.2000. Suscita perplessità la circostanza che il legislatore abbia inteso demandare ad un regolamento ministeriale la disciplina delle regole procedurali dell'arbitrato; in siffatto modo si introduce un ulteriore livello normativo, appunto un regolamento ministeriale, accanto a quelli già esistenti (legge e regolamento governativo) che potrebbe creare confusione nella disciplina della materia.

²⁰⁵ Abrogazione attuata dall'articolo 231, 1° comma, lett. i) del D.P.R. n. 554/99.

²⁰⁶ È oramai incontrovertibilmente riconosciuto da dottrina e giurisprudenza il principio secondo cui il Capitolato Generale abbia diretta efficacia vincolante per i soli enti statali, mentre assume efficacia per le regioni solamente nel caso in cui quest'ultimo sia espressamente richiamato dalle stesse nel contratto trovando esclusivamente in quest'ultimo la propria fonte di produzione. In tal senso si veda Cass. Civ., Sez. I, sent. 21.06.2000, n. 8420; sent. 07.07.1997, n. 6100; id. sent. 22.07.1996, n. 6569; id. sent. 08.11.1984, n. 5637.



norma summenzionate²⁰⁷, ovviamente nel rispetto dei principi fondamentali dettati dalle leggi statali che informano la disciplina dell'arbitrato ed ai quali vanno altresì aggiunti quelli definiti dalle norme del codice di procedura civile²⁰⁸.

Una precisazione conclusiva appare necessaria. Il quarto comma dell'art. 32 della legge n. 109/94 dispone che dalla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'art. 3 della medesima legge il richiamo ai collegi arbitrali da costituire ai sensi della normativa abrogata (appunto gli articoli 43 – 51 del D.P.R. n. 1063/1962), contenuto nelle clausole dei contratti di appalto già stipulati, deve intendersi riferito ai collegi da nominare secondo la nuova procedura regolamentare.

La norma non può ritenersi applicabile ai contratti già stipulati dagli enti diversi da quelli statali fra i quali vanno, ovviamente annoverate anche le regioni. Difatti come sopra rilevato la disciplina dell'arbitrato fissata nel D.P.R. n. 1063/1962 può essere applicata alle regioni, in quanto e nei limiti in cui tale normativa sia dalle stesse contrattualmente richiamata; la fonte della competenza arbitrale va dunque individuata non nella legge (*rectius* regolamento), bensì in una convenzione compromissoria concretamente intercorsa fra le parti (contratto). Deve quindi considerarsi del tutto irrilevante un'eventuale successiva abrogazione delle norme contrattualmente richiamate intervenuta una volta che sia stato stipulato il contratto di appalto. Tale assunto trova conferma in una recente pronuncia della Sezione I della Corte di Cassazione civile che, con sentenza n. 8420, del 21.06.2000 ha statuito che “*Peraltro per le considerazioni già svolte in ordine alla ricezione pattizia delle norme del capitolato generale, le modificazioni intervenute successivamente alla formazione della*

²⁰⁷ In tal senso la giurisprudenza; Corte di Appello di Roma, sent. 09.02.1998, in “*Rivista dell'arbitrato*”, n. 3/1998, 521. La Corte – adducendo il principio dell'autonomia negoziale delle parti - ha riconosciuto la validità di una clausola compromissoria che prevedeva la costituzione di un collegio arbitrale composto da tre arbitri anziché da cinque come previsto dall'art. 43 del D.P.R. n. 1063/1962.

²⁰⁸ La disciplina dell'arbitrato è contenuta nel Titolo VIII, Libro IV (articoli 806 – 840) del Codice di procedura civile.



volontà contrattuale sono irrilevanti, sia che si tratti di modifiche legislative che di interventi abrogativi della Corte Costituzionale”.

20. Il subappalto (art. 34, legge n. 104/94)

L'art. 34 della legge n. 109/94, si come modificato dall'art. 9, comma 65, della legge n. 415/98, integrando l'art. 18 della legge n. 55, del 19.03.1990, è intervenuto a disciplinare il subappalto nei lavori pubblici.

Il subappalto è quel negozio giuridico mediante il quale l'appaltatore affida ad un terzo l'onere di eseguire in tutto o in parte l'opera assunta con il contratto di appalto configurandosi, dunque, quale fattispecie contrattuale connessa e derivata da quella principale e con la quale condivide la causa.²⁰⁹

Va immediatamente rilevato che la disciplina di cui all'art. 34 della legge, come già sopra evidenziato, integra l'art. 18 della legge n. 55/90 ed è teleologicamente orientato ad evitare che nella fase successiva all'aggiudicazione dei lavori pubblici possano intervenire, nella realizzazione degli stessi, soggetti che, a causa della loro appartenenza ad associazioni mafiose, siano esclusi dalla fase prodromica della gara.

Proprio in vista del raggiungimento di tale obiettivo il legislatore era intervenuto a regolamentare il subappalto di lavori pubblici con una serie di leggi speciali che, innovando rispetto all'originaria disciplina definita dall'art. 339 della legge n. 2248/1865 All.F, hanno costituito quel complesso normativo comunemente denominato "normativa antimafia". Le prime innovazioni risalgono al 13.09.1982 con la legge n. 646/82 – integrata e modificata parzialmente dalla legge n. 726/82, nonché dalla legge n. 936/82 - che all'art. 21, 1° comma, si come sostituito dal D.L. n. 629/82 e modificato dall'art. 8 legge n. 55/90 e dal D.L. n. 139/95 dispone: *“Chiunque avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in*

²⁰⁹ Si veda Messineo *“Contratto derivato”*, (voce) in Enc. Del diritto, X, Milano, 1962, 80; in tema di lavori pubblici A. Sandulli nel commento all'art. 34 della legge n. 109/94, in commentario alla legge n. 109/94 a cura di Carullo – Clarizia, 2000, 1056; F. Caringella commento all'art. 34 della legge n. 109/94 in commentario cit. a cura del medesimo autore, Milano, 1999, 1144.

tutto o in parte, le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente²¹⁰, è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo di valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo si applica la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno e dell'ammenda pari a un terzo dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo”.

Si è così delineata una fattispecie penale relativa al subappalto che trova proprio nella mancanza di autorizzazione da parte della p.a. committente uno dei suoi elementi costitutivi essenziali. Tale autorizzazione è un provvedimento vincolato relativamente al quale la discrezionalità della p.a. si esercita esclusivamente sul *quid*, ma non sull'*an* dell'atto ed è da parte della dottrina annoverato nell'ambito delle “autorizzazioni permissive o ricognitive”²¹¹.

La normativa antimafia è stata successivamente integrata dall'art. 18 della legge 19.03.1990, n. 55 modificato prima dall'art. 34 del D.Lgs. n. 406/91, successivamente dall'art. 34 della legge n. 109/94 ed infine dall'art. 9, commi 65 e 66 della legge n. 415/98. In estrema sintesi, la norma in esame dispone: a) una serie di condizioni alla sussistenza delle quali è subordinata l'esperibilità del subappalto dell'opera pubblica²¹² (fra queste, venuto meno a seguito della legge n. 415/98 l'obbligo di indicare preventivamente i nominativi dei possibili subappaltatori, particolarmente rilevante è l'indicazione delle parti dell'opera o dei lavori da subappaltare); b) il divieto di cessione di contratto (2° comma) e l'assoggettamento al regime del subappalto delle figure negoziali simili (12° comma); c) limitazione quantitativa

²¹⁰ Grassetto nostro.

²¹¹ Si veda Clarizia “*il subappalto ed il cottimo nella legislazione antimafia*” in “*Le nuove Leggi Civili Commentate*”, Padova, 1983.

²¹² Nell'ambito delle condizioni che l'amministrazione appaltante deve soddisfare vi è anche l'acquisizione della documentazione antimafia diretta a verificare la mancanza di rapporti con associazioni mafiose da parte dell'appaltatore. La normativa - originariamente definita dall'art. 10 *sexies* della legge n. 55/90 - ha successivamente trovato regolamentazione dapprima nel D.Lgs. n. 490/94, successivamente modificato dall'art. 15 della legge n. 135/97 ed infine dall'art. 20 della legge n. 59/97 (cd. Bassanini) che ha trovato attuazione nel D.P.R. n. 252/98 relativo alla semplificazione delle forme per l'ottenimento della predetta documentazione.



dei lavori subappaltabili (attualmente fissata al 30%); d) l'onere gravante sul subappaltante di depositare il contratto di subappalto nel termine di 20 giorni *dall'inizio dei lavori* (il termine originario era di 90 giorni *dall'aggiudicazione*).

Venendo, ora, più strettamente alla nostra problematica è necessario verificare se l'art. 18 – si come modificato dall'art. 34 della legge n. 109/94 – sia applicabile alle regioni ed in caso affermativo vagliare l'estensione oggettiva di tale applicazione. Va innanzitutto evidenziato che le innumerevoli modifiche dell'art. 18 della legge n. 55/90 non hanno certamente intaccato l'art. 21 della legge n. 646/82 che, come sopra visto, prevede l'obbligo da parte della p.a. di autorizzare il subappalto; autorizzazione fra l'altro subordinata anche agli adempimenti di cui allo stesso art. 18. Sul punto la Cassazione penale, Sezione I, con sent. n. 6261/2000²¹³ ha statuito che: “Anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 109/94, la concessione non autorizzata in subappalto di opere riguardanti la pubblica amministrazione costituisce reato, in quanto la citata legge.....*non garantisce il controllo preventivo della p.a. con la conseguenza che l'autorizzazione è tuttora indispensabile....*”.

Non ci sembra, allora, sia possibile dubitare ragionevolmente circa la concreta applicabilità dell'art. 21 della legge n. 646/82 anche alle regioni; infatti la norma in oggetto condiziona l'esperimento del subappalto ad un atto assentivo (l'autorizzazione) da parte della p.a. committente in modo di consentire a quest'ultima di effettuare verifiche di carattere tecnico ed economico circa la convenienza del negozio derivato in vista dell'ottimale realizzazione dell'opera pubblica, nonché accertarsi che non vi siano forme di subingresso delle associazioni mafiose nella realizzazione dei lavori pubblici. La norma è dunque sicuramente strumentale alla piena attuazione del principio generale di buon andamento della p.a. di cui all'art. 97 della Costituzione. Siffatta impostazione trova suggello nel dato che l'esperimento di un subappalto in assenza di autorizzazione integra un

²¹³ Si veda “*La legge*”, Milano, 2000.



reato; è chiaro che, per ragioni di uguaglianza sostanziale, una condotta che è reato per lo Stato deve esserlo anche per le regioni.

Anche l'art. 18 della legge n. 55/90 è norma che tendenzialmente trova applicazione nei confronti delle regioni attesa la sua specifica finalità di evitare collusioni mafiose nella realizzazione dei lavori pubblici attraverso l'uso distorto del subappalto o di figure negoziali simili. La norma in esame, pur se connessa alla materia dei lavori pubblici, non può essere circoscritta a quest'ultima; essa è difatti sottesa alla soddisfazione di un interesse preminente quale quello dell'ordine pubblico che, pur concernendo anche i lavori pubblici di interesse regionale, esula dall'ambito oggettivo di operatività della potestà legislativa concorrente delle regioni si come definita dall'art. 117 della Costituzione.

Ora, ciò non esclude che altri profili di natura procedimentale, relativi al subappalto di lavori pubblici di interesse regionale, possano rientrare nella competenza normativa delle regioni, ma in ogni caso salvaguardando l'applicazione dell'art. 18 della legge n. 55/90. Per questo motivo è superabile da parte delle regioni il limite del 30% che definisce la quota parte dei lavori subappaltabili²¹⁴ ovvero il termine (20 gg.) per il deposito del contratto di subappalto presso l'amministrazione aggiudicatrice.

²¹⁴ Ad es. la l.p. - Trento - n. 26/1993 stabilisce all'art. 42 che la quota di lavori subappaltabili è pari al 50%.

21. Cessione, trasferimento e affitto d'azienda (artt. 35 e 36, legge n. 109/94)

Gli articoli 35 e 36²¹⁵ della legge n. 109/94 definiscono il quadro relativo alle ipotesi di subentro nel contratto di appalto in manifestazione di eventi di ristrutturazione aziendale; è opportuno, preliminarmente, definire le caratteristiche oggettive delle operazioni menzionate.

La trasformazione è regolamentata dagli articoli 2948 e ss. del Codice Civile e si concreta nella realizzazione di mutamenti della struttura organizzativa della società senza l'estinzione della stessa intesa come persona giuridica.

La fusione di più società, disciplinata dall'articolo 2504 - *bis* c.c. realizza - attraverso l'incorporazione in una società preesistente oppure mediante la costituzione di un nuovo soggetto giuridico - l'unione di due o più società in una sola.

La scissione, regolamentata dall'art. 2504 - *septies* c.c. consiste nel trasferimento di parte del patrimonio di una società ad altre società preesistenti o di nuova costituzione con assegnazione delle azioni o delle quote di queste ultime alla prima.

Il primo comma dell'art. 35 della legge n. 109/94 reca che: *“Le cessioni di azienda e gli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ad imprese che eseguono opere pubbliche non hanno singolarmente effetto nei confronti di ciascuna amministrazione aggiudicatrice fino a che il cessionario ovvero il soggetto risultante*

²¹⁵ In verità l'art. 36 della legge n. 109/94 disciplina un'applicazione specifica della previsione di cui all'art. 35 della medesima legge consentendo il trasferimento o l'affitto di azienda da parte degli organi della procedura concorsuale, se compiuto a favore di cooperative costituite o da costituirsi secondo le disposizioni della legge n. 59 del 31.01.1992 e con la partecipazione maggioritaria di almeno tre quarti di soci cooperatori, nei cui confronti risultino estinti, a seguito della procedura stessa, rapporti di lavoro subordinato oppure che si trovino in regime di cassa integrazione guadagni o in lista di mobilità di cui all'art. 6 della legge n. 223, del 23.01.1991. Pertanto le considerazioni rese in sede di commento dell'art. 35 della legge n. 109/94 dovranno ritenersi riferite anche ai soggetti indicati dal predetto art. 36.

dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione non abbia proceduto nei confronti di essa alle comunicazioni previste dall'art. 1 del D.P.C.M. 11 maggio 1991, n. 187, e non abbia documentato il possesso dei requisiti previsti dagli articoli 8 e 9 della presente legge”.

Va preliminarmente rilevato che con la norma in esame il legislatore ha risolto in senso negativo la questione circa l'applicabilità anche nel caso di cessione (o trasferimento) d'azienda dell'art. 18, 2° comma della legge n. 55/90 che statuiva”....*il contratto non può essere ceduto a pena di nullità”.*

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 109/94 sia la dottrina²¹⁶ che la giurisprudenza²¹⁷, in forza di un'interpretazione estensiva della norma recata dal 2° comma dell'art. 18 della legge n. 55/90, venivano a sancirne l'operatività anche nel caso di cessione d'azienda in quanto, anche in tal caso, mutando i soggetti titolari dei relativi rapporti negoziali, veniva a configurarsi una vera e propria cessione del contratto. Il legislatore della “Merloni”, discostandosi dagli orientamenti di cui sopra, con l'art. 35, ha legittimato la cessione d'azienda anche nel caso in cui il cedente sia già parte contraente di un contratto di appalto concluso con la p.a.; contratto che proprio in forza della cessione aziendale sarà trasferito al cessionario²¹⁸. Il legislatore ha comunque inteso preservare in capo la p.a. una certa discrezionalità circa la possibilità di ammettere o meno all'esecuzione dei lavori

²¹⁶ Si veda Cianflone “*L'appalto di opere pubbliche*”, Milano, 1987, 275; Virga “*Le modificazioni soggettive nell'appalto di opere pubbliche*”, Milano, 1990, 71. In senso contrario Ancora, in “*La legge quadro in materia di lavori pubblici*” (a cura di Carullo - Clarizia), Padova, 1994, 681 e ss. che, invece, sancendo l'eccezionalità della norma di cui all'art. 18 della legge n. 55/90 e rilevando la derogabilità da essa arrecata al principio di libertà contrattuale ex art. 1322 c.c., considera che l'applicazione di tale norma anche nel caso di cessione d'azienda rappresenterebbe un'operazione di stampo tipicamente analogico e non certamente un'interpretazione estensiva.

²¹⁷ Consiglio di Stato, Sezione II, parere n. 53/93.

²¹⁸ Dispone l'art. 2558, 1° comma, c.c. che, salva diversa pattuizione: “...l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano natura personale”. Ora, il contratto di appalto, pur essendo caratterizzato dal cd. *intuitu personae*, non può certo ritenersi un contratto personale nel senso che ad esso attribuisce la dottrina. È, difatti contratto personale quel negozio giuridico nel quale l'identità personale del contraente è determinante del consenso; è, invece, un contratto *intuitu personae*, quel negozio nel quale le qualità personali del contraente pur non essendo determinanti per la sua conclusione sono ugualmente prese in considerazione dalle parti.

l'imprenditore cessionario e questo proprio considerando le finalità al cui perseguimento l'art. 18 della legge n. 55/90 è funzionalmente orientato, ossia preservare l'esecuzione dei lavori pubblici da infiltrazioni mafiose. A tal proposito il 2° comma dell'art. 35 dispone: *“Nei sessanta giorni successivi l'amministrazione può opporsi al subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto, con effetti risolutivi sulla situazione in essere, laddove, in relazione alle comunicazioni di cui al comma 1, non risultino sussistere i requisiti di cui all'art. 10 - sexies - della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni”*; prevedendo, al successivo 3° comma, che: *“decorsi i sessanta giorni di cui al comma 2 senza che sia intervenuta opposizione, gli atti di cui al comma 1²¹⁹ producono, nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici tutti gli effetti loro attribuiti dalla legge.”*

Ciò premesso è adesso necessario verificare fino a qual punto l'articolo 35 della legge n. 109/94 possa trovare applicazione per gli appalti pubblici di interesse regionale. È necessario verificare preliminarmente se la norma in esame esprima o meno un principio generale dell'ordinamento giuridico in materia di appalti ovvero sia circoscritta ai soli lavori pubblici. Sul punto il Consiglio di Stato ha più volte riconosciuto²²⁰ l'eccezionalità della previsione normativa di cui all'art. 35 della legge n. 109/94 escludendone la sua operatività per i servizi e le forniture; diversamente un recente orientamento²²¹ ha enucleato dalla norma *“il principio generale della libera cedibilità procedimentalizzata del contratto di appalto, previa verifica dei requisiti e delle condizioni da parte della p.a.”*²²²

A nostro avviso l'interpretazione preferibile sembra quest'ultima. Difatti con la norma in esame il legislatore ha inteso agevolare, in una fase di forte riconversione e ristrutturazione aziendale, le imprese consentendo il mantenimento del contratto d'appalto anche in capo alle cessionarie del ramo d'azienda. Tale obiettivo va perseguito in ogni

²¹⁹ La cessione, la fusione e la trasformazione d'azienda.

²²⁰ Si veda da ultimo C.d.S., Sezione V, sent. 13.05.1995, n. 761.

²²¹ Si veda T.A.R. Lombardia, sent. 07.04.1998, n. 289, in *“Giuda al Diritto”*, 1998, 27, 140.

²²² In questo senso A.V. Sinisi nel commento all'art. 35 della legge n. 109/94 in *“La nuova legge quadro sui lavori pubblici”* (a cura di F. Caringella), 1999, 1225.

gara d'appalto a prescindere dall'oggetto della stessa (servizi, forniture o lavori che sia). E' irrilevante poi che la norma sia o meno eccezionale e conseguentemente sia o meno estendibile a fattispecie analoghe (appunto servizi o forniture) in quanto anche a voler riconoscere la natura eccezionale dell'art. 35 della legge non vi è nessuna norma che nega un'interpretazione estensiva di una disposizione eccezionale tanto più se operante sul medesimo contratto (appalto) diversificato solamente nell'oggetto.

Non è in discussione che l'art. 35 della legge n. 109/94 sia formalmente in contrasto con l'art. 18, 2° comma, della legge n. 55/90 nella parte in cui quest'ultimo vieta la cessione del contratto di appalto; è vero, però, che una lettura globale del primo permette di cogliere un profilo di compatibilità con il secondo. Il divieto di cessione della legge n. 55/90 è - come già si è avuto modo di rilevare - finalizzato a scongiurare il manifestarsi infiltrazioni mafiose nella realizzazione delle opere pubbliche; tale obiettivo non è certamente trascurato dalla legge n. 109/94 solo che si consideri la norma di cui al 2° comma dell'art. 35 che conferisce alla p.a. il potere di opporsi al “subentro” del cessionario nella titolarità del contratto nel caso in cui non sussistano i requisiti di cui all'art. 10 - *sexies* della legge n. 575/1965 recante, appunto, disposizioni antimafia.

Con l'art. 35 il legislatore sembra contemperare due esigenze fra loro non inevitabilmente incompatibili; da un lato preservare l'esecuzione dei lavori da infiltrazioni mafiose, dall'altro garantire un sistema di gestione del contratto elastico ed in linea con le dinamiche di mercato e che, a sua volta, garantisca una efficace ed efficiente azione della p.a.²²³.

²²³ Sarebbe sicuramente lesiva di tali principi una norma che “ostinatamente” prevedesse il venir meno dell'efficacia del contratto al mutare della parte contraente dello stesso senza tenere nel debito conto le dinamiche imprenditoriali e di mercato. Al netto di infiltrazioni mafiose o da manovre artificiose (la cui esclusione è garantita dal potere di opposizione della p.a.) sarebbe sicuramente un inutile fardello, nonché antieconomico per l'azione dell'amministrazione, disporre l'annullamento del contratto con contestuale obbligo di riesperimento di una nuova procedura di gara.



Le regioni nell'esercizio del potere normativo loro costituzionalmente concesso per i lavori pubblici di interesse regionale non possono astenersi dal rispetto di entrambi i principi di cui sopra: l'ammissibilità della cessione d'azienda da parte dell'aggiudicatario con continuità del contratto in capo all'acquirente in quanto attuativa dei principi di efficienza ed efficacia dell'azione pubblica, ed il controllo pubblico sul subentrante in quanto funzionalizzato a preservare l'ordine pubblico.

Anzi, proprio con riferimento a quest'ultimo profilo, esso ci pare, per quanto indiscutibilmente ad essa collegato, autonomo rispetto alla materia dei lavori pubblici ed in quanto tale non annoverabile nella competenza normativa concorrente delle regioni con conseguenziale obbligo di queste ultime di adattamento anche ai profili strettamente procedurali recati dalla norma. La stessa collocazione della norma in esame (art. 35) testimonia un collegamento con il precedente articolo 34 teleologicamente orientato a garantire l'ordine pubblico.

22. Il project financing (artt. 37 bis, ter, quater, quinquies, sexies, septies, octies, legge n. 109/94)

L'articolo 11, 1° comma, della legge n. 415/98 ha introdotto nella legge n. 109/94 gli articoli 37 - *bis* - *ter* - *quater* volti a regolamentare un istituto di nuova introduzione nel panorama dei lavori pubblici quello del *Project Financing*. Dispone sul punto l'art. 37 - *bis*, 1° comma della legge n. 109/94: “*Entro il 30 giugno di ogni anno 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'art. 14, 2° comma, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, tramite contratti di concessione, di cui all'art. 19, comma 2, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi.....”*”.

Il dettato normativo evidenzia le caratteristiche fondamentali dell'istituto; si tratta di una sorta di concessione di costruzione e gestione nella quale però l'attività promozionale è a carico del solo promotore e che viene a superare il principio fondamentale - enunciato dalla stessa legge quadro - della separazione fra progettazione ed esecuzione dell'opera in quanto nel caso di specie le due attività vengono a fondersi in un unico soggetto. In verità la definizione di *project financing* data all'istituto dal legislatore non ha una propria autonomia giuridica e configura piuttosto una particolare tecnica di finanziamento; il mezzo di esecuzione dei lavori è - come anticipato - una concessione di costruzione e gestione che si differenzia da quella “ordinaria” prevista dall'art. 19 della legge n. 109/94 per gli elementi che ne precedono (pluralità di finanziatori e garanti) e per quelli che ne seguono (garanzie, creazione di un unico soggetto per la gestione dell'opera) l'esperimento.

L'istituto trova origine dal *project financing* dei paesi del *Common law* ed è stato definito come “un'operazione di finanziamento

di una particolare unità economica, nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stato iniziale, il flusso di cassa e gli utili dell'unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito”²²⁴. Esso presenta, fra l'altro, una singolare strutturazione dei rapporti giuridici intercorrenti fra i diversi operatori pubblici e privati; si tratta, infatti, di un “fenomeno contrattuale globale”²²⁵ volto a gestire e ripartire - fra i soggetti coinvolti - il rischio connesso all'iniziativa progettuale.

Sotto il profilo procedimentale la legge n. 109/94 pone in capo ai soggetti privati promotori l'onere di presentare proposte entro il 30 giugno di ogni anno alle amministrazioni interessate, le quali entro il 31 ottobre dello stesso anno dovranno procedere ad una loro valutazione sotto il profilo della rispondenza al pubblico interesse ed entro il successivo 31 dicembre indire una gara da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed avente ad oggetto il progetto del promotore. Individuate al massimo due offerte, la procedura si snoderà in una trattativa privata condotta fra la stessa amministrazione ed i due offerenti prescelti oltre il promotore allo scopo di determinare il soggetto al quale effettivamente aggiudicare la concessione.

Gli aspetti qualificanti dell'istituto oggetto di disamina sono:

- a) un progetto *self - liquidating*; ossia l'attitudine del progetto a realizzare un adeguato profitto al promotore;
- b) la presenza di un istituto di credito (o di più istituti di credito) “*arranger*” che assume un ruolo preminente nell'organizzazione del prestito e che svolge l'attività di reperire il finanziamento sul mercato assicurando comunque la sottoscrizione diretta di un determinato ammontare;

²²⁴ La definizione è tratta da F. Caringella *op. cit.*, 1247 alla cui bibliografia si rimanda.

²²⁵ In questi termini descrive il fenomeno l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici nell'atto di regolazione del 18.07.2000.



- c) la presenza di un Special Purpose Vehicle; ossia un autonomo centro di riferimento giuridico ed economico;
- d) la presenza di garanzie indirette a favore degli sponsors.

Il legislatore, intendendo l'istituto del “finanziamento di progetto” quale sistema di impulso per la realizzazione delle opere pubbliche, ha provveduto a regolamentarne gli aspetti strutturali nel combinato normativo di cui agli articoli 37 - *bis* - *ter* - *quater* sulla base delle seguenti caratteristiche:

- a) la corretta analisi dei bisogni da soddisfare con l'opera realizzata; tale valutazione è di stretta competenza dell'amministrazione e viene esperita nella programmazione di cui all'art. 14 della legge n. 109/94;
- b) la delimitazione dell'ambito oggettivo di operatività del finanziamento di progetto ai lavori pubblici o di pubblica utilità inseriti nella programmazione triennale;
- c) l'autonomia del ruolo del promotore e la centralità del progetto presentato; centralità che fa mutare radicalmente il punto di vista dell'analisi da effettuare: non più la solidità economica del realizzatore, bensì del progetto proposto;
- d) l'individuazione della concessione di costruzione e gestione quale forma contrattuale tipica per il finanziamento di progetto;
- e) la definizione delle fasi procedurali;
- f) la possibilità di separare le ordinarie attività dei finanziatori da quelle relative al finanziamento del progetto attraverso la costituzione di una società di progetto ai sensi dell'art. 37 - *quinquies* della legge n. 109/94;
- g) la predisposizione di garanzie dirette a favore dei finanziatori, attraverso la possibilità data loro di subentrare al concessionario nel rapporto con l'amministrazione.



Ora, si è già avuto modo di evidenziare che il “finanziamento di progetto” è uno strumento di impulso per la realizzazione di opere pubbliche che trova il proprio elemento caratterizzante nell'uso del capitale privato; è di tutta evidenza, pertanto, la sua strumentalità rispetto ai principi di efficienza ed efficacia, nonchè di tempestività dell'azione pubblica. La previsione di tale strumento si configura, dunque, come concretizzazione di principi fondamentali che, in quanto tali, limitano la potestà normativa concorrente delle regioni.

È pur vero, però, che l'istituto oggetto di disamina se è una novità per il quadro normativo nazionale non lo è certamente per quello regionale. Difatti già prima dell'entrata in vigore della legge n. 415/98, la Valle d'Aosta e la Sicilia (regioni a statuto speciale) avevano introdotto nel proprio ordinamento giuridico dei lavori pubblici istituiti simili al finanziamento di progetto nazionale. Per la precisione l'art. 21 della legge regionale Sicilia n. 4/1996, introducendo l'art. 42 - *ter* nella legge regionale n. 21/1985, disponeva: “*la concessione di costruzione e gestione di un'opera pubblica può essere promossa da un soggetto privato, avente i requisiti per accedere alla concessione medesima, il quale s'impegna a realizzare l'opera interamente a proprie spese*”.

A sua volta l'art. 37 della legge r. Valle d'Aosta del 20 giugno 1996, n. 12 dispone: “*al fine della realizzazione delle infrastrutture pubbliche idonee a soddisfare un bisogno collettivo senza oneri finanziari diretti a carico della Regione ovvero di altra amministrazione aggiudicatrice.....il soggetto promotore.....può promuovere la realizzazione dell'opera interamente a proprie spese, mediante l'affidamento di una concessione di lavori pubblici di cui all'art. 35, ovvero la costituzione di una società a partecipazione pubblica....*”.

Ancora, l'art. 2 della legge regionale Friuli Venezia Giulia 06.07.1999, n. 20, si come integrato dall'art. 21, 1° comma, della L.r. 15.02.2000, n. 1²²⁶, reca che: “*La regione Friuli Venezia Giulia favorisce il più ampio coinvolgimento nella realizzazione e nella gestione di opere pubbliche e di pubblica utilità di soggetti pubblici o*

²²⁶ In questo caso, quindi, l'istituto regionale è successivo a quello nazionale.

privati in relazione agli aspetti finanziari, progettuali, realizzativi e gestionali”.. Di seguito l'art. 4, 1° comma, della medesima legge dispone: “Sulla base dei principi contenuti nella legge 11.02.1994, n. 109, e successive modificazione ed integrazioni, i soggetti di cui all'articolo 2, comma 4, possono procedere alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità suscettibili di gestione economica mediante contratti di concessione, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti concessionari”. I successivi articoli 5 - 8 regolamentano, quindi, l'istituto in esame sostanzialmente recependo la normativa statale, mentre l'art. 9 disciplina le società di progetto.

A titolo di completezza, esorbitando la disamina della normativa regionale dall'ambito del presente lavoro, si fa rilevare che la legge regionale della Sicilia e quella della Valle D'Aosta non solo hanno anticipato l'intervento della normativa statale, ma se ne sono anche distaccate sotto il profilo contenutistico. Ad esempio il primo comma dell'art. 42 - *ter* della l.r. Sicilia n. 4/1996 prevede che gli oneri per la realizzazione dell'opera siano interamente addossati al privato lì dove, invece, la legge n. 109/94²²⁷ prevede che tali oneri possano essere anche solo parzialmente a carico del privato stesso. Il legislatore della regione Sicilia circoscrive, poi, l'oggetto del finanziamento di progetto alla realizzazione di opere pubbliche contrariamente a quello nazionale che, invece, relaziona il medesimo finanziamento alla più ampia realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità. Ancora, la legge regionale prevede l'istituto della prelazione per il promotore contrariamente a quanto previsto dal legislatore nazionale che, nonostante alcune proposte di legge propendessero in tal senso, ha preferito escludere l'operatività di tale istituto.

Ora, la ricostruzione del panorama normativo regionale lo conferma, e' di tutta evidenza che il “finanziamento di progetto” è istituto speciale che pertiene esclusivamente alla materia dei lavori pubblici ed in essa viene, pertanto, assorbito. Come più volte detto la rilevanza regionale di tali lavori pubblici conferisce alle regioni una

²²⁷ Ed anche dalla l.r. Friuli Venezia - Giulia che ne riproduce pedissequamente il contenuto



potestà normativa concorrente che le svincola dalla legislazione statale ad eccezione dei principi fondamentali da quest'ultima estrinsecati; le regioni dovranno dunque recepire nel proprio ordinamento l'istituto del "finanziamento di progetto" in quanto esso dà attuazione ai principi generali di efficienza, efficacia, nonché tempestività dell'azione pubblica, ma saranno del tutto autonome nella fissazione delle regole procedurali necessarie per la concreta operatività dell'istituto stesso.

In buona sostanza il futuro istituto regionale pur eventualmente assumendo definizioni e profili procedurali diversi da quello statale, né dovrà presentare i medesimi elementi strutturali dei quali sopra si è data descrizione e fra questi, sicuramente, quelli:

- a) della centralità ed autonomia del soggetto privato promotore;
- b) della centralità del progetto privato;
- c) della sua adeguata copertura finanziaria con risorse economiche a carico totale o parziale dei promotori e dei finanziatori del progetto stesso²²⁸;
- d) della potestà della p.a. di valutare la validità, sotto il profilo tecnico e finanziario, del progetto e delle offerte realizzative del medesimo, avvalendosi di una gara che per ragioni logiche deve trovare nell'offerta economicamente più vantaggiosa il criterio di aggiudicazione. Sul punto, premesso che il legislatore nazionale prevede una duplice gara: una rigida - licitazione privata - per la scelta del progetto ed un'altra più aperta e negoziata - trattativa privata - tra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte per la scelta definitiva del concessionario, va rilevato che le regioni non potranno ritenersi vincolate a tale impianto procedimentale;

²²⁸ In questo senso si ricorda la rilevata differenza fra la l.r. Sicilia n. 4/1996 e la legge n. 109/94.



- e) la possibilità di costituire un centro autonomo di imputazione delle attività poste in essere dai finanziatori (la società di progetto nazionale prevista dall'art. 37 - *quinquies* della legge n. 109/94). La *ratio* giustificatrice che supporta la previsione della predetta società è da ricercarsi nella possibilità di consentire un controllo più agevole da parte dell'amministrazione sull'andamento del progetto accorpendo in un unico soggetto la pluralità dei finanziatori. La sua costituzione, comunque facoltativa, se ispirata dalla *ratio* di cui sopra è funzionale all'attuazione dei principi di efficienza ed efficacia dell'azione pubblica; di conseguenza le regioni saranno vincolate dal prevederne la possibilità di costituzione.

Si è già fatto cenno alla circostanza che le norme procedurali relative all'istituto del "finanziamento di progetto" non possano ritenersi vincolanti per le regioni; tale impostazione è valida anche per l'art. 37 - *septies* della legge n. 109/94 relativo alla risoluzione del rapporto di concessione per motivi di pubblico interesse che prevede forme di rimborso per il concessionario e per i finanziatori, mentre alcune precisazioni si rendono opportune per quanto concerne l'art. 37 - *octies* della legge n. 109/94 che provvede a disciplinare il cd. "*step in right*" ossia la facoltà dei finanziatori di consentire il subentro di un nuovo soggetto nella titolarità della concessione nel caso di risoluzione del precedente rapporto contrattuale. Dispone precisamente il 1° comma della norma in esame: "*In tutti i casi di risoluzione di un rapporto concessorio per motivi attribuibili al soggetto concessionario, gli enti finanziatori del progetto potranno impedire la risoluzione designando, entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione scritta da parte del concedente dell'intenzione di risolvere il rapporto, una società che subentri nella concessione al posto del concessionario e che verrà accettata da concedente*"²²⁹.

²²⁹ A determinate condizioni indicate dalla norma in esame.



Il legislatore nazionale con tale norma ha sostanzialmente recepito la prassi invalsa fra gli operatori del settore; il subentro è, al pari dell'art. 35 della legge n. 109/94, un'operazione derogatoria del principio di cessione del contratto definito dall'art. 18 della legge n. 55/90 ed è frutto di una valutazione dello stesso legislatore che, nel caso in esame, ha ritenuto di privilegiare la tempestività e l'efficienza dell'azione realizzativa dell'opera pubblica consentendo, appunto, il subentro di un altro soggetto al concessionario nel caso di recesso dal contratto per motivi a quest'ultimo attribuibili. Sotto tale profilo si può ragionevolmente ritenere la norma vincolante per le regioni, sempre però limitatamente al profilo del principio enunciato; in buona sostanza le regioni - attese le finalità perseguite dal subentro - potranno ritenersi vincolate alla previsione nell'ambito del loro ordinamento regionale di un istituto che ne persegua le stesse finalità senza ovviamente rispettarne i profili procedurali così come fissati dal legislatore nazionale.

Ancora una breve considerazione va poi fatta in merito all'istituto della "prelazione" a favore del promotore nell'affidamento della concessione di costruzione e gestione prevista dall'art. 42 - *ter*, 10° comma, della l.r. n. 4/1996²³⁰ e la cui operatività è stata negata dal legislatore nazionale. Essa viene di fatto a scoraggiare una effettiva concorrenza e contestualmente finisce per frustrare le possibilità di miglioramento del progetto presentato dal promotore e palesandosi, a nostro avviso, illegittima in quanto contraria a quei principi fondamentali della libera concorrenza e di buon andamento della p.a. che informano la normativa - nazionale e comunitaria - dei lavori pubblici.

²³⁰ E dall'art.37 della l.r. Valle D'Aosta n. 12, del 20.06.1996.

