



# CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

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

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

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

Tel. 06.6976701, fax 06.69767048

[www.tuttoIngegnere.it](http://www.tuttoIngegnere.it)



## Centro Studi Consiglio Nazionale Ingegneri

### CONSIGLIO DIRETTIVO

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

### COLLEGIO DEI REVISORI

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

# Guida alla professione di ingegnere

## Le disciplina dei contratti pubblici

### Volume VII Prima parte



Centro Studi Consiglio Nazionale Ingegneri

ISBN 978-88-6014-024-1

# Sommario

## PRIMA PARTE

|  |        |
|--|--------|
| Premessa<br>di <i>Giovanni Angotti</i>   | pag. 7 |
| 1. L'ambito di applicazione del D.L.vo n. 163/2006   | » 10   |
| 2. I soggetti sottoposti alle disposizioni del D.L.vo n. 163/2006  | » 18   |
| 3. Autorità per la vigilanza, Osservatorio e Sportello<br>dei contratti pubblici   | » 24   |
| 4. Il Responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione<br>dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture | » 30   |
| 5. Le fasi della procedura di affidamento  | » 36   |
| 6. La programmazione dei lavori pubblici   | » 40   |
| 7. La progettazione  | » 47   |
| 7.1. I progettisti   | » 60   |
| 7.2. L'affidamento degli incarichi di progettazione ed i concorsi<br>di progettazione e di idee                            | » 65   |
| 7.3. I compensi professionali  | » 73   |

## SECONDA PARTE

|   |      |
|---|------|
| 7.4. Gli incentivi alla progettazione per i dipendenti pubblici                     | » 5  |
| 7.5. La verifica della progettazione  | » 6  |
| 7.6. Le garanzie dei progettisti  | » 11 |
| 8. La qualificazione  | » 17 |
| 8.1. L'avvalimento  | » 29 |
| 9. Le procedure di aggiudicazione   | » 33 |
| 9.1. Le procedure negoziate   | » 34 |
| 9.2. Il dialogo competitivo   | » 41 |
| 9.3. L'accordo quadro   | » 46 |
| 9.4. Le aste elettroniche   | » 50 |
| 9.5. I sistemi dinamici di acquisizione   | » 54 |
| 9.6. La procedura di aggiudicazione dei lavori di edilizia<br>residenziale pubblica | » 58 |

## TERZA PARTE

|  |   |    |
|--|---|----|
| 10. Le forme di pubblicità e i termini   | » | 5  |
| 11. I criteri di aggiudicazione  | » | 12 |
| 12. I contratti sotto soglia   | » | 22 |
| 12.1. Gli obblighi di pubblicità e comunicazione   | » | 22 |
| 12.2. Le procedure di aggiudicazione   | » | 23 |
| 12.3. Le offerte anomale   | » | 25 |
| 12.4. La procedura ristretta semplificata  | » | 25 |
| 12.5. L'aggiudicazione dei contratti pubblici di forniture e servizi di importo inferiore a 211.000 euro | » | 28 |
| 12.6. L'acquisizione in economia e il cottimo fiduciario   | » | 28 |
| 13. La disciplina speciale dei lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi    | » | 36 |
| 13.1. Il contraente generale   | » | 44 |
| 14. Il contenzioso   | » | 47 |

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

# Premessa

Fornire ai giovani ingegneri che si avvicinano alla professione una guida che ne descriva gli aspetti principali e ne esamini le problematiche più cogenti: questo è l'obiettivo che il Centro studi del Consiglio nazionale degli ingegneri si è posto predisponendo la *"Guida alla professione di ingegnere"* di cui si presenta il volume VII.

Il volume, suddiviso in tre parti, è dedicato ad analizzare il Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 100 del 2 maggio 2006 (Supplemento ordinario n. 107), con il quale si introduce l'ennesima innovazione normativa nel settore dei lavori pubblici.

Per la sua complessità (il *Codice* si compone di 257 articoli e 22 allegati), il provvedimento necessita di una lettura attenta che evidenzi le differenze operative e procedurali con la normativa previgente.

Il Codice è articolato in cinque Parti:

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

Nel presente lavoro saranno oggetto di disamina esclusivamente le novità, dirette ed indirette, definite dal Codice, nonché la loro incidenza sugli istituti previgenti, tralasciandosi la disamina di quelle disposizioni – e sono le più numerose – che di contro hanno pedissequamente recepito l'ordinamento pregresso. La portata innovativa del Codice è, peraltro, ancora parziale: in primo luogo, perché non sono entrate in vigore alcune delle sue disposizioni ed, in secondo luogo, perché altri articoli, dal contenuto di mero principio, necessitano, per la loro attuazione, dell'emanazione del nuovo Regolamento generale.

Per quanto attiene al primo aspetto, l'art. 1-*octies* della Legge n. 228/2006, di conversione del D.L. n. 173 del 12 maggio 2006, come ulteriormente modificato dall'art. 1 del D.L.vo n. 6/2007, ha differito al **1° agosto 2007** l'entrata in vigore di alcune disposizioni ed in particolare:

- 1) per quanto concerne *i lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e speciali*:

- a) l'art. 33, commi 1 e 2, nonché comma 3, secondo periodo, relativi alle *centrali di committenza*;
  - b) l'art. 58, relativo al *dialogo competitivo*;
  - c) l'art. 59, limitatamente ai settori ordinari, relativo *all'accordo quadro*.
- 2) per quanto concerne *i lavori nei soli settori ordinari*:
- a) l'art. 3, comma 7, relativo alla definizione di appalto;
  - b) l'art. 53, commi 2 e 3, relativi alla nozione di appalto integrato;
  - c) l'art. 56, relativo alla procedura negoziata con bando;
  - d) l'art. 57, relativo alla procedura negoziata senza bando;
- 3) l'abrogazione dell'art. 177, lett. f del D.L.vo n. 163/2006 (relativo ai *criteri per l'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa al contraente generale*);
- 4) l'art. 8, 6 comma, relativo alla *formazione del ruolo dei dipendenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici*.

Così, almeno **fino al 1° agosto 2007**, trovano ancora efficacia alcune norme della Legge n. 109/1994, pur abrogata dal Codice. In particolare, conservano efficacia le norme sull'appalto integrato, sulla trattativa privata, sulla definizione del contratto di appalto. Per quanto concerne, invece, l'inapplicabilità delle disposizioni di carattere generale sancite dal Codice in attesa della emanazione del nuovo Regolamento, deve prendersi atto della perdurante vigenza dei regolamenti attuativi collegati all'abrogata Legge n. 109/1994, ossia il DPR n. 554/99 (o almeno, come si vedrà, di una parte di esso), il DPR n. 34/2000 ed il DM 145/2000.

L'art. 256, 1 comma del Codice sancisce l'abrogazione di una parte del DPR n. 554/1999 ed, in particolare, *“gli articoli 3, 4, 5, 6, 7, comma 6, 10, 16, comma 3, 55, 57, 59, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 87, comma 2, 88, comma 1, 89, comma 3, 91, comma 4, 92, commi 1, 2 e 5, 93, 94, 95 commi 5, 6 e 7, 115, 118, 119, 120, 121, 122, 142, comma 1, 143, comma 3, 144, commi 1 e 2, 149, 150, 151”*. Tali disposizioni sono state sostituite, senza alcun stravolgimento, da nuove norme del Codice.

Gli articoli non abrogati del DPR n. 554/1999, come pure il testo integrale del DPR n. 34/2000 e del DM 145/2000, continueranno ad applicarsi, nei limiti in cui non contrastino con le norme del Codice (e, dalla disamina effettuata, non è dato rinvenire alcun contrasto), in forza dell'art. 256, 5° comma del D.L.vo n. 163/2006 secondo cui: *“Gli altri regolamenti e decreti ministeriali del presente Codice, ove sono destinati a sostituire precedenti regolamenti e decreti ministeriali, elencano le norme abrogate con decorrenza dalla loro entrata in vigore”*. Tali Decreti, dunque, potranno ritenersi abrogati solo dalla data di entrata in vigore dei nuovi provvedimenti destinati a sostituirli, a patto che questi ultimi ne sanciscano espressamente l'abrogazione.

Il quadro normativo di riferimento, nella materia dei lavori pubblici, resta pressoché invariato in quanto le poche novità introdotte dal Codice non sembrano in grado di stravolgerlo.

Le maggiori novità apportate dal *Codice* sono contenute nel Capo III della Parte II, il quale disciplina le procedure di aggiudicazione innovative (dialogo competitivo, accordo quadro, sistemi dinamici di acquisizione) e amplia l'oggetto del contratto di appalto, nonché l'ambito di operatività delle procedure negoziate.

Resta invariato il profilo organizzativo del sistema con la figura del Responsabile unico estesa anche ai contratti di servizi e forniture; con l'Autorità per la vigilanza che vede ampliati i propri poteri di controllo in ordine alla regolarità delle procedure; con l'introduzione dello *Sportello dei contratti pubblici* che risponde alle medesime esigenze di raccordo fra amministrazione pubblica ed operatori soddisfatte dallo *Sportello unico per le attività produttive* e dallo *Sportello unico dell'edilizia*.

Per quanto concerne gli istituti relativi all'aggiudicazione del contratto, le principali novità si rinvencono nella disciplina di sistemi innovativi quali il *dialogo competitivo* e l'*accordo quadro* ovvero, ancora, i *sistemi dinamici di acquisizione* che rappresentano il definitivo affermarsi dell'informatica nelle procedure di aggiudicazione.

Non si riscontrano novità sul fronte della progettazione dei lavori pubblici; restano fermi la tripartizione dei livelli, le procedure di aggiudicazione, i concorsi ed, infine, i criteri di determinazione dei compensi professionali, seppur alla luce di un quadro normativo reso nebuloso dalla Legge n. 248/2006 che ha abrogato le norme relative all'obbligatorietà dei minimi tariffari.

Certamente l'estensione della nozione di appalto (con norma però sospesa) alla esecuzione "*con qualsiasi mezzo*" e l'elisione dei vincoli, già esigui, all'operatività dell'istituto dell'appalto integrato, determinano un abbandono quasi definitivo del principio di separazione fra attività di progettazione e attività di esecuzione, che costituiva uno dei pilastri della Legge 109/1994.

Da citare, infine, l'introduzione di alcuni istituti particolari quale il *project financing* in materia di realizzazione delle opere di urbanizzazione che potrà essere indetto e bandito dallo stesso promotore (art. 32, 1 comma, lett. g del Codice) e l'ennesimo tentativo di disciplinare i contenuti dell' *in house providing* (art. 32, 3 comma del Codice), seppur con una formula ancora ispirata al profilo quantitativo della partecipazione azionaria del soggetto pubblico, che la recente giurisprudenza comunitaria ha considerato inadeguato.

Sullo sfondo restano sostanzialmente irrisolte le problematiche collegate ai rapporti fra il legislatore statale e quello regionale, il quale ultimo si è visto restringere il proprio ambito di operatività alla luce di una disposizione normativa (art. 4 del Codice) il cui giudizio di legittimità è stato da tempo rimesso al sindacato della Corte Costituzionale.

Giovanni Angotti

# 1. L'ambito di applicazione del D.L.vo n. 163/2006

Il quadro normativo che disciplina la materia dei contratti pubblici è radicalmente mutato a seguito dell'entrata in vigore del D.L.vo n. 163/2006.

Precedentemente all'emanazione del D.L.vo n. 163/2006, la materia era disciplinata da norme differenti a seconda che i contratti pubblici riguardassero lavori, servizi o forniture.

Per quanto concerne i contratti pubblici aventi ad oggetto **lavori**, nel caso questi ultimi avessero *un importo pari o superiore al controvalore in euro di 5.000.000 DSP<sup>1</sup>* (pari a poco più di 5 milioni di euro), si applicavano rispettivamente:

- 1) la Direttiva Ce 14.06.1993 n. 93/37 e la Direttiva Cee 97/52 del 1997;
- 2) la Legge n. 109 dell'11 febbraio 1994 e successive modifiche<sup>2</sup> nelle parti in cui prevedeva la propria applicazione anche agli appalti "sopra soglia" ed in particolare: le norme sull'Autorità (artt. 4 e 5); sul Responsabile Unico (art. 7); sulla qualificazione nel rispetto del principio del mutuo riconoscimento (art. 8); sulla cause di esclusione e sui soggetti ammessi a partecipare (artt. 10 – 13), sulle forme di programmazione e progettazione (artt. 14-18); sulle procedure ed i criteri di aggiudicazione (artt. 19-24); sulle forme di pubblicità (art. 29); sulle garanzie (art. 30); sui procedimenti contenziosi (art. 31 ss);
- 3) il Regolamento generale approvato con il DPR n. 554/99 del 21 dicembre 1999;
- 4) il D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 recante "Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni";
- 5) il D.M. 19 marzo 2000, n. 145 "Regolamento recante il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 3, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni".

Nel caso di **lavori** di importo inferiore alla "soglia comunitaria", come sopra determinata, trovavano applicazione le sole fonti normative di cui ai precedenti punti, eccezion fatta per la Direttiva comunitaria.

Per i contratti pubblici aventi ad oggetto la prestazione di **servizi d'importo pari o superiore al controvalore in euro di 200.000 DSP** (pari a poco più di 200.000 euro) si applicava il D.L.vo 17 marzo 1995 n. 157 di recepimento della Direttiva

1. Diritti speciali di prelievo.

2. La legge n. 109/1994 è stata modificata dalla Legge n. 216/1995 ("Merloni – bis"), dalla Legge n. 415/1998 ("Merloni – ter") ed infine dalla Legge n. 166/2002 ("Merloni – quater").

n. 92/50/CEE del 1992, come modificato dal D.L.vo 25 febbraio 2000, n. 65, dall'art. 24 della Legge n. 289/2002 ed, infine, dall'art. 17 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269 convertito nella Legge 24 novembre 2003, n. 326.

Per i contratti pubblici aventi ad oggetto **servizi d'importo inferiore al controvalore in euro di 200.000 DSP** non era prevista, nel nostro ordinamento, una specifica disciplina normativa; tendenzialmente si ricorreva alla disciplina di cui al R.D. n. 827/1924, regolamento di attuazione del R.D. n. 2440/1923 recante "*Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*".

Per i contratti aventi ad oggetto la **fornitura di beni**, la normativa si differenziava a seconda della soglia di valore, identica a quella applicata ai servizi. Per i contratti di fornitura di beni di importo "*sopra soglia*", la fonte normativa di riferimento era il D.L.vo 24 luglio 1992 n. 358 di recepimento delle Direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE e 93/36/CEE. Nel caso d'importo inferiore alla soglia comunitaria si applicava, in via residuale, il D.P.R. n. 18 aprile 1994, n. 573.

Va rilevato che l'esclusione dell'applicazione della normativa comunitaria per gli appalti d'importo inferiore a quello "*comunitario*" non era assoluta. Difatti, la necessità del rispetto delle regole dell'evidenza pubblica per i soggetti tenuti ad applicare la normativa nazionale e comunitaria nella scelta del contraente, ha da sempre configurato un principio di ordine generale, valevole *anche* per gli appalti pubblici *sotto soglia*, come confermato da un - oramai - costante orientamento giurisprudenziale<sup>3</sup>.

Il quadro normativo testé descritto è radicalmente mutato con l'emanazione delle Direttive 2004/18/CE e 2004/1/CE del 31 marzo 2004 e, a livello statale, con l'entrata in vigore il 1° luglio 2006, in attuazione della delega di cui all'art. 25 della Legge n. 62/2005, del D.L.vo n. 163/2006, recante il "*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*"<sup>4</sup>.

L'elemento di novità più rilevante determinato dal Codice è quello della riunificazione della disciplina in materia di contratti, a prescindere dall'oggetto della prestazione, in un unico corpo normativo, ferme restando le diversificazioni connesse alle peculiarità della prestazione contrattuale ed all'importo della stessa.

In particolare, il Codice ridefinisce le soglie di valore dei contratti, in ossequio a quanto previsto dalla Direttiva 2004/18/CE e dal Regolamento (CE) n. 2083/2005, non facendo più riferimento ai *Diritti speciali di prelievo (DSP)*.

3. In questo senso Corte di Giustizia Ce con l'ordinanza 3.12.2001 C-90/2000 con la quale è stato precisato che anche gli appalti pubblici di scarso valore, seppure non espressamente ricompresi nell'ambito di applicazione delle procedure particolari e rigorose delle Direttive, non sono esclusi per ciò solo dall'ambito di applicazione del diritto comunitario.

4. Da qui di seguito *Codice*.

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

- *pari o superiore a 137.000 euro*, per gli appalti pubblici di servizi e/o forniture, per le sole Amministrazioni centrali indicate nell'allegato IV<sup>5</sup> fatta eccezione per i servizi di cui alla successiva lett. b.2 del medesimo articolo che sono i servizi di cui alla Categoria 8 dell'allegato IIA (servizi R&S - Ricerca e sviluppo<sup>6</sup>), nonché quelli di cui alla categoria 5 del medesimo allegato<sup>7</sup>(servizi di telecomunicazione limitatamente alle voci CPV 7524, 7525 e 7526) ed infine i servizi di cui all'allegato IIB. In estrema sintesi sono soggetti a tale soglia tutte le forniture ed i servizi, affidati dalle autorità governative centrali, indicate nell'allegato IIA, fatta eccezione per quelli espressamente esclusi e sopra indicati;
- *pari o superiore a 211.000 euro*, per gli appalti pubblici di servizi affidati da tutte le altre amministrazioni aggiudicatrici che non siano Autorità governative centrali ai sensi dell'Allegato IV al Codice ed indipendentemente dalla Categoria ed allegato di riferimento (dunque sia allegato IIA che IIB). La medesima soglia si applicherà agli appalti di servizi (per le forniture resta ferma la soglia dei 137.000 euro), aggiudicati dalle Autorità governative centrali, qualora essi siano riconducibili alle categorie di cui all'Allegato IIB ovvero alle categorie nn. 5 ed 8 dell'Allegato IIA;
- *pari o superiore a 5.278.000 euro*, per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni di lavori pubblici.

Per quanto concerne le problematiche connesse all'entrata in vigore del Codice, occorre ricordare come il testo sia già stato più volte modificato ed in parte sospeso, dapprima ad opera della Legge n. 228/2006, di conversione del D.L. n. 173/2006 e successivamente dal D.L.vo n. 6 del 26 gennaio 2007.

In particolare l'art. 1-*octies* della Legge n. 228/2006, di conversione del D.L. n. 173 del 12 maggio 2006, a sua volta ulteriormente modificato dall'art. 1 del D.L.vo n. 6/2007, ha differito al 1° agosto 2007 l'entrata in vigore delle seguenti disposizioni del Codice<sup>8</sup>:

- 1) per contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e speciali:

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

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

7. Già Categoria 5 dell'allegato 1 al citato D.L.vo n. 157/1995.

8. Dispone l'art. 1 *octies* della Legge n. 228/2006 che: "1. Al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono apportate le seguenti modificazioni:

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

- a) l'articolo 33, commi 1 e 2, nonché comma 3, secondo periodo, limitatamente alle sole centrali di committenza;
- b) l'articolo 58<sup>9</sup>;
- c) l'articolo 59, limitatamente ai settori ordinari<sup>10</sup>;
- 2) per contratti pubblici di lavori pubblici nei soli settori ordinari:
  - a) l'art. 3, comma 7;
  - b) l'art. 53, commi 2 e 3;
  - c) l'art. 56;
  - d) l'art. 57.

Lo stesso art. 1-*octies* della Legge n. 228/2006 ha abrogato la lettera *f* dell'art. 177 del D.L.vo n. 163/2006 ed ha rinviato l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 8, 6° comma, al 1 agosto 2007.

*Segue nota 8*

- b) all'articolo 253, il comma 1 è sostituito dal seguente: «1. Fermo quanto stabilito ai commi 1-bis e 1-ter, le disposizioni di cui al presente codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure e ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del presente codice non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte»;
- c) all'articolo 253, dopo il comma 1 sono inseriti i seguenti:«1-bis. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e speciali, le seguenti disposizioni si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente al 1° febbraio 2007: a) articolo 33, commi 1 e 2, nonché comma 3, secondo periodo, limitatamente alle sole centrali di committenza; b) articolo 49, comma 10; c) articolo 58; d) articolo 59, limitatamente ai settori ordinari. 1-ter. Per gli appalti di lavori pubblici di qualsiasi importo, nei settori ordinari, le disposizioni degli articoli 3, comma 7, 53, commi 2 e 3 e 56 si applicano alle procedure i cui bandi siano pubblicati successivamente al 1° febbraio 2007. Le disposizioni dell'articolo 57 si applicano alle procedure per le quali l'invito a presentare l'offerta sia inviato successivamente al 1° febbraio 2007»;
- d) all'articolo 257, dopo il comma 2 è inserito il seguente: «2-bis. Le disposizioni di cui all'articolo 8, comma 6, hanno efficacia a decorrere dal 1° febbraio 2007». 2. Le procedure di cui al comma 1, lettera c), del presente articolo i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati tra il 1° luglio 2006 e la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, quelle i cui inviti a presentare le offerte siano stati inviati nello stesso termine, restano disciplinate dalle disposizioni alle stesse applicabili alla data di pubblicazione dei relativi bandi o avvisi ovvero a quella di invio degli inviti. A tal fine, le disposizioni di cui all'articolo 256, comma 1, del citato codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, riferite alle fattispecie di cui al comma 1, lettera c), del presente articolo, continuano ad applicarsi per il periodo transitorio compreso tra la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e il 31 gennaio 2007».

9. La lett. b) dell'originaria versione dell'art. 1 *octies* facente riferimento all'art. 49, 10° comma, è stata abrogata dall'art. 1 del D.L.von. 6/2007.

10. L'art. 49, 10 comma, del D.L.von. 163/2006 la cui sospensione era prevista dall'art. 1 *octies* lett. c) della legge 228/2006, all'esito delle modifiche di cui all'art. 2 del D.L.von. 6/2007, deve ritenersi oggi pienamente efficace.

Per quanto concerne la disciplina transitoria applicabile *medio tempore*, in sostituzione delle norme sospese, occorre osservare che il decreto-legge 12 maggio 2006, n. 173 non prevedeva alcunché in merito alla sospensione dell'entrata in vigore del D.L.vo n. 163/2006, prevista per il 1° luglio 2006. La legge di conversione in esame (228/2006) è entrata in vigore il 13 luglio 2006 ossia il giorno successivo la data di pubblicazione del provvedimento sulla Gazzetta Ufficiale intervenuta il 12 luglio 2006. A tale data era, ovviamente, entrato in vigore anche l'art. 256 del Codice che prevedeva espressamente l'abrogazione della Legge n. 109/1994 e l'applicazione delle norme del Codice agli appalti i cui bandi fossero stati pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore. Ne è conseguito che:

- a) dal 1° luglio 2006 la legge 109/1994 deve ritenersi abrogata fatte salve le eccezioni e le "reviviscenze" che di volta in volta verranno individuate;
- b) gli appalti i cui bandi e/ o avvisi siano stati pubblicati dopo l'1° luglio 2006 e fino al 12 luglio 2006 sono soggetti alle regole del Codice in materia di tipologie contrattuali e nuove procedure di aggiudicazione (artt. 53 e seguenti). La successiva sospensione dell'efficacia di tali disposizioni normative comporta che ove (ad esempio un bando pubblicato in tale arco temporale) si sia fatto riferimento a disposizioni del Codice quali quelle del *dialogo competitivo* ovvero al *leasing* esse dovranno ritenersi inefficaci *in parte qua*.

Lo stesso legislatore, con la Legge n. 228/2006, si è premurato di dettare una disciplina transitoria della materia. Difatti, l'art. 1 *octies* della citata legge, al 2° comma, dispone testualmente che: *"Le procedure di cui al comma 1, lettera c)<sup>11</sup>, del presente articolo i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati tra l'1° luglio 2006 e la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, quelle i cui inviti a presentare le offerte siano stati inviati nello stesso termine, restano disciplinate dalle disposizioni alle stesse applicabili alla data di pubblicazione dei relativi bandi o avvisi ovvero a quella di invio degli inviti. A tal fine, le disposizioni di cui all'articolo 256, comma 1, del citato codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, riferite alle fattispecie di cui al comma 1, lettera c), del presente articolo, continuano ad applicarsi per il periodo transitorio compreso tra la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e il 31 gennaio 2007"*.

Con il successivo art. 1, comma 2, del D.lg. n. 6/2007<sup>12</sup> l'art. 1 *octies* è stato

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

12. Ai sensi del quale: *"Fermo quanto previsto dall'articolo 1-octies del decreto-legge 12 maggio 2006, n. 173, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2006, n. 228, le disposizioni di cui all'articolo 256, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, riferite alle fattispecie di cui all'articolo 253, commi 1-bis e 1-ter, del citato decreto legislativo n. 163 del 2006, continuano ad applicarsi per il periodo transitorio compreso fino alla data del 31 luglio 2007"*.

in parte modificato con la proroga, **fino al 31 luglio 2007**, del periodo transitorio di vigenza della vecchia normativa di cui all'art. 256 del Codice.

**Tav. 1 - Raccordo fra i contenuti della Legge n. 109/94 e del D.L.vo n. 163/2006**

| Legge n. 109/1994   | D.L.vo n. 163/2006  |
|---|---|
| <b>Art. 1 (Principi generali)</b>   |   |
| <i>Comma 1</i> (Principi generali)  | Art. 2  |
| <i>Comma 2</i> (Competenza legislativa Stato - Regioni)   | Art. 4  |
| <b>Art. 2 (Ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione della legge)</b>  |   |
| <i>Comma 1</i> (Contratti misti)  | Art. 14   |
| <i>Comma 2</i> (Ambito soggettivo ed oggettivo)   | Art. 32   |
| <i>Commi 3 e 4</i> (Concessionari)  | Art. 142 e art. 149   |
| <i>Comma 5</i> (Opere di urbanizzazione)  | Art. 32, lett. g; art. 122, comma 8; art. 253, comma 8                          |
| <i>Comma 6</i> (Contratti di sponsorizzazione)  | Art. 26   |
| <i>Comma 7</i> (Definizioni)  | Art. 3  |
| <b>Art. 3 (Delegificazione)</b>   | Art. 5  |
| <b>Artt. 4-5 (Autorità di vigilanza)</b>  | Artt. 6-7-8   |
| <b>Art. 6 (Consiglio superiore dei lavori pubblici)</b>   | Art. 127  |
| <b>Art. 7 (artt. 7-8 DPR n. 554/1999) (Misure per l'adeguamento della funzionalità della pubblica amministrazione)</b>  | Art. 10<br>L'art. 9 introduce l'istituto dello Sportello dei contratti pubblici |
| <i>Comma 2</i> (RUP amministrazione difesa)   | Art. 196  |
| <i>Comma 15</i> (Controllo sugli atti)  | Art. 12. L'art. 11 introduce la disciplina delle fasi di aggiudicazione         |
| <b>Art. 8 (Qualificazione)</b>  | Art. 40   |
| <i>Comma 11 septies</i> (Qualificazione nei contratti misti)  | Art. 15   |
| <b>Art. 9 (Norme in materia di partecipazione alle gare)</b>  | Art. 40   |
| <b>Art. 10 (artt. 93-98 DPR n. 554/1999) (Soggetti ammessi alle gare)</b>   | Art. 34   |
| <i>Comma 1 ter</i> (Vicende soggettive – interpello 2° classificato)  | Art. 116  |
| <i>Comma 1 quater</i> (Controlli sul possesso dei requisiti)  | Art. 48   |
| <b>Art. 11 (Requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare)</b>   | Art. 35   |
| <b>Art. 12 (Consorzi stabili)</b>   | Art. 36   |
| <b>Art. 13 (Riunione di concorrenti)</b>  | Art. 37   |
| <b>Art. 14 (artt. 11-14 DPR n. 554/1999) (Programmazione dei lavori pubblici)</b>   | Artt. 126-127   |
| <i>Comma 11</i> (programmazione ministero Difesa)   | Art. 196  |
| <i>Comma 13</i> (Approvazione progetti per espropri)  | Art. 98   |
| <b>Art. 15 (Competenze dei Consigli comunali e provinciali)</b>   |   |
| <b>Art. 16 (artt. 15-49 DPR n. 554/1999) (Attività di progettazione)</b>  | Art. 93   |
| <b>Art. 17 commi 1-9, fatta eccezione per il comma 5 (artt. 50-70 DPR 554/1999) (Effettuazione delle attività di progettazione, direzione lavori ed accessorie)</b> | Art. 90   |
| <i>Comma 5</i> (Progettazione Genio militare)   | Art. 196  |
| <i>Commi 10 – 14</i> (Affidamento incarichi di progettazione)   | Art. 91   |
| <i>Commi 14 bis – 14 septies</i> (Corrispettivi per l'attività di progettazione)  | Art. 92   |
| <b>Art. 18 (Incentivi per la progettazione)</b>   | Art. 92, commi 5,6,7  |
| <i>Comma 2 ter</i> (Divieti per dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale)   | Art. 90, comma 4  |
| <i>Comma 2 quater</i> (Divieto di affidamento delle attività di progettazione mediante contratti a tempo determinato)   | Art. 91, comma 6  |

Segue

**Segue Tav. 1 - Raccordo fra i contenuti della Legge n. 109/94 e del D.L.vo n. 163/2006**

| Legge n. 109/1994   | D.L.vo n. 163/2006  |
|---|---|
| <b>Art. 19, commi 1 – 1 bis – 1 ter– 4 – 5 – 5 bis – 5 ter – 5 quater (artt. 71-88; 142-148 DPR n. 554/1999) (Sistemi di realizzazione dei lavori pubblici)</b> | Art. 53   |
| <i>Comma 1 ter (Valutazione delle opere di pregio architettonico)</i>   | Art. 112  |
| <i>Comma 3 (Divieto di concess.delle funzioni di stazione appaltante)</i>   | Art. 33   |
| <i>Comma 2 – 2 bis – 2 ter – 2 quater (Concessioni di lavori pubblici)</i>  | Art. 143  |
| <b>Art. 20 (Procedure di scelta del contraente)</b>   | Art. 54   |
| <i>Comma 2 (aggiudicazione concessioni)</i>   | Art. 144  |
| <b>Art. 21, comma 1 (artt. 89 – 92 DPR n. 554/1999) (Commissioni Giudicatrici)</b>  | Art. 81   |
| <b>Art. 21, comma 2 (Prezzo più basso)</b>  | Art. 82   |
| <b>Art. 21, commi 1 ter – 2-3-4 (Offerta economicamente più vantaggiosa)</b>  | Art. 83   |
| <b>Art. 21, commi 5-8 (Commissione giudicatrice)</b>  | Art. 84   |
| <b>Art. 21, comma 8 bis (Aggiudicazione lavori di restauro e manutenzione beni architettonici)</b>  | Art. 204, comma 3   |
| <b>Art. 21, commi 1 bis (Valutazione e procedura di esclusione offerte anomale)</b>   | Artt. 86, 87, 88, 89  |
| <b>Art. 22 (Accesso alle informazioni)</b>  | Art. 13   |
| <b>Art. 23 (Licitazione e licitazione privata semplificata)</b>   | Art. 55 (licitazione privata) e art. 123 (licitazione privata semplificata) |
| <b>Art. 24 (Trattativa privata)</b>   | Artt. 56 e 57; art. 122, comma 7 (trattativa privata sotto soglia)          |
| <i>Comma 6 (Lavori in economia)</i>   | Art. 125; Art. 196 (Lavori in economia Ministero Difesa)                    |
| <b>Art. 25 (Varianti in corso d'opera)</b>  | Art. 132  |
| <b>Art. 26 (artt. 109-122 DPR n. 554/1999) (Disciplina economica dell'esecuzione dei lavori pubblici)</b>   | Art. 133 commi 1-3 e 9 (che riproduce il com. 6 dell'art. 26)               |
| <b>Non riproposti il comma 2 e 5</b>  | I commi 4-8 rappresentano delle novità rispetto al regime previgente        |
| <b>Art. 27 (artt. 123-132 DPR n. 554/1999) (Direzione lavori)</b>   | Art. 130  |
| <b>Art. 28 (art. 187-210 DPR n. 554/1999) (Collaudo lavori)</b>   | Art. 141  |
| <b>Art. 29 (Pubblicità)</b>   | Art. 122  |
| <b>Art. 30 (Garanzie e coperture assicurative)</b>  |   |
| <i>Comma 1 (Garanzie imprese)</i>   | Art. 75   |
| <i>Commi 2 – 2 bis – 2 ter (Fideiussioni)</i>   | Art. 113  |
| <i>Comma 2 bis (Rinuncia escussione)</i>  | Art. 75   |
| <i>Commi 3, 4, 7, 7-bis (Car decennale postuma, performance bond)</i>   | Art. 129  |
| <i>Comma 5 (Polizza progettista)</i>  | Art. 111  |
| <i>Commi 6 – 6bis (Verifica progetti)</i>   | Art. 112  |
| <b>Art. 31 (Piani di sicurezza)</b>   | Art. 131  |
| <b>Art. 31 bis (Norme acceleratorie in materia di contenzioso)</b>  | Art. 240  |
| <b>Art. 32 (Definizione delle controversie)</b>   | Artt. 241,242,243   |
| <b>Art. 33 (Segretezza)</b>   | Art. 17   |
| <b>Art. 34 (Subappalto)</b>   | Art. 118  |
| <b>Art. 35 (Fusioni e conferimenti)</b>   | Art. 116  |
| <b>Art. 36 (Trasferimento e affitto di azienda)</b>   | Art. 116  |

Segue

**Segue Tav. 1 - Raccordo fra i contenuti della Legge n. 109/94 e del D.L.vo n. 163/2006**

| Legge n. 109/1994   | D.L.vo n. 163/2006 |
|---|--------------------|
| <b>Art. 37</b> ( <i>Gestione Casse edili</i> )                              |                    |
| <b>Art. 37 bis</b> ( <i>Promotore</i> )                                     | Art. 153           |
| <b>Art. 37 ter</b> ( <i>Valutazione proposta</i> )                          | Art. 154           |
| <b>Art. 37 quater</b> ( <i>Indizione della gara</i> )                       | Art. 155           |
| <b>Art. 37 quinquies</b> ( <i>Società di progetto</i> )                     | Art. 156           |
| <b>Art. 37 sexies</b> ( <i>Società progetto – emissione obbligazione</i> )  | Art. 157           |
| <b>Art. 37 septies</b> ( <i>Risoluzione</i> )                               | Art. 158           |
| <b>Art. 37 octies</b> ( <i>Subentro</i> )                                   | Art. 159           |
| <b>Art. 37 nonies</b> ( <i>Privilegio sui crediti</i> )                     | Art. 160           |
| <b>Art. 38</b> ( <i>Applicazione della legge</i> )                          |                    |
| <b>Art. 38 bis</b> ( <i>Deroghe in situazioni di emergenza ambientale</i> ) | Art. 98            |

Fonte: Centro studi CNI, 2007

**Tav. 2 - Importi delle soglie dei contratti pubblici di rilevanza comunitaria (art. 28 D.L.vo n. 163/2006)**

| Oggetto contratto  | Soglia di valore comunitaria      | Eccezioni   |
|--|-----------------------------------|---|
| Appalti e concessioni di lavori pubblici   | Pari o superiore a 5.278.000 euro | Nessuna   |
| Appalti di servizi e forniture aggiudicate dalle Autorità governative centrali (Allegato IV) | Pari o superiore a 137.000 euro   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Autorità diverse da quelle di cui all'Allegato IV;</li> <li>• appalti di servizi di cui alla Categoria 8 dell'Allegato IIA (servizi R&amp;S-Ricerca e sviluppo): per questi la soglia è pari a 211.000 euro;</li> <li>• appalti di servizi di cui alla categoria 5 dell'Allegato IIA (servizi di telecomunicazione limitatamente alle voci CPV 7524, 7525 e 7526): per questi la soglia è pari a 211.000 euro;</li> <li>• appalti di servizi di cui all'Allegato IIB (servizi alberghieri, di trasporto, legali, sanitari, istruzione, ecc.): per questi la soglia è pari a 211.000 euro.</li> </ul> |
| Appalti di servizi e forniture diversi da quelli di cui al punto precedente                  | Pari o superiore a 211.000 euro   | Nessuna   |

Fonte: Centro studi CNI, 2007

## 2. I soggetti sottoposti alle disposizioni del D.L.vo n. 163/2006

Rispetto all'ambito soggettivo di operatività della legge 109/1994<sup>13</sup>, il Codice apporta alcune novità di rilievo inserendo fra i soggetti destinatari delle relative disposizioni, oltre alle Amministrazioni aggiudicatrici<sup>14</sup> ai concessionari di lavori e servizi e ad alcune categorie di soggetti privati, anche:

- i lavori, servizi e forniture affidati dalle **società con capitale pubblico, anche non maggioritario**, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113 bis, 115 e 116 del Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (art. 32, 1° comma, lett. c);

13. L'art. 2, 2° comma Legge n. 109/1994 dispone che: *“Le norme della presente legge e del regolamento di cui all'articolo 3, comma 2, si applicano:*

a) **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;

b) **ai concessionari di lavori e di servizi pubblici** e ai soggetti di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, e successive modificazioni, alle aziende speciali ed ai consorzi di cui agli articoli 114, 2 e 31 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, alle società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del citato testo unico, alle società con capitale pubblico, in misura anche non prevalente, che abbiano ad oggetto della propria attività la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza; ai predetti soggetti non si applicano gli articoli 7, 14, 18, 19, commi 2 e 2-bis, 27 e 33 della presente legge;

c) **ai soggetti privati**, *relativamente a lavori di cui all'allegato A del decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406, nonché ai lavori civili relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici ed universitari, edifici destinati a funzioni pubbliche amministrative, di importo superiore a 1 milione di euro, per la cui realizzazione sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50% dell'importo dei lavori; ai predetti soggetti non si applicano gli articoli 7, 14, 19, commi 2 e 2-bis, 27, 32 e 33 della presente legge”.*

Ai concessionari di lavori pubblici si applicavano, invece, le sole disposizioni della Legge 109 concernenti la pubblicità dei bandi di gara ed i termini per concorrere, secondo quanto stabilito per gli appalti a terzi dalla direttiva 93/37/CEE, nonché in materia di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici.

14. Si consideri che, ai sensi dell'art. 3, comma 25 del Codice, fra le amministrazioni aggiudicatrici vanno inseriti anche tutti gli organismi di diritto pubblico lì dove, invece, la precedente disposizione dell'art. 2 della Legge n. 109/1994 faceva espressamente menzione di questi ultimi distinguendoli dalle prime.

- i lavori pubblici da realizzarsi da parte **dei soggetti privati**, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 e dell'articolo 28, comma 5 della Legge 17 agosto 1942, n. 1150<sup>15</sup> (art. 32, 1° comma, lettera g).

Ai sensi dell'art. 32, sono dunque soggetti alle norme del Codice:

- a) le Amministrazioni aggiudicatrici<sup>16</sup> ivi inclusi gli organismi di diritto pubblico<sup>17</sup>;
- b) i concessionari di lavori pubblici, che non sono Amministrazioni aggiudicatrici, nei limiti stabiliti dall'articolo 142<sup>18</sup>;

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

16. Ai sensi dell'art. 3, comma 25: *“Le «amministrazioni aggiudicatrici» sono: le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti”*.

17. Ai sensi dell'art. 3, comma 26 del D.L.von. 163/2006 *“L'«organismo di diritto pubblico» è qualsiasi organismo, anche in forma societaria: - istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; - dotato di personalità giuridica; - la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”*.

18. L'art. 142 del Codice statuisce: *“1. Il presente capo disciplina le concessioni di lavori pubblici e gli appalti di lavori affidati dai concessionari di lavori pubblici, quando il valore delle concessioni sia pari o superiore alla soglia fissata per i lavori pubblici dall'articolo 28, comma 1, lettera c), calcolata con i criteri di cui all'articolo 29.2. Sono escluse dal campo di applicazione del presente codice, le concessioni affidate nelle circostanze previste dagli articoli 17, 18, 22, 31. Ad esse si applica l'articolo 27.3. Alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo che non siano derogate nel presente capo, le disposizioni del presente codice.4. I concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza della sezione IV del presente capo, se il valore degli appalti affidati a terzi sia pari o superiore alla soglia prevista per i lavori pubblici dall'articolo 28, calcolata con i criteri di cui all'articolo 29. Si applicano, in tale ipotesi, in quanto compatibili, le disposizioni della parte I, parte IV, parte V, nonché le norme della parte II, titolo I, in tema di pubblicità dei bandi, termini delle procedure, requisiti generali e qualificazione degli operatori economici, subappalto, progettazione, collaudo, piani di sicurezza, che non siano specificamente derogate dalla sezione IV del presente capo”*.

- c) le società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali<sup>19</sup>;
- d) i soggetti privati che realizzino lavori di cui all'allegato I<sup>20</sup>, nonché lavori di edilizia relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari, edifici destinati a funzioni pubbliche amministrative, di importo superiore a un milione di euro, per la cui realizzazione sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50% dell'importo dei lavori;
- e) i soggetti privati<sup>21</sup>, relativamente ai servizi il cui valore stimato, al netto dell'IVA, sia pari o superiore a 211.000 euro, allorché tali appalti sono connessi ad un appalto di lavori di cui alla lettera d) del presente comma, e per i quali sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei servizi;
- f) i concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice;
- g) i soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, decreto del Presidente della Repubblica 6

19. Ai sensi del successivo art. 32, 3° comma, del D.lg. n. 163/2006 le società di cui al comma 1, lett. c) non sono tenute ad applicare le disposizioni del presente Codice limitatamente alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite, se ricorrono le seguenti condizioni: 1) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; 2) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal Codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; 3) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

20. Nell'allegato I ci si riferisce alla Divisione Nace 45 Costruzioni.

21. Generalmente classificati dal Codice, ai sensi dell'art. 3, comma 31, come "soggetti aggiudicatori"; tale nozione, tuttavia, ai sensi del successivo comma 32, ricomprende, ai soli fini della parte II, titolo III, capo IV (lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi), anche le Amministrazioni aggiudicatrici di cui al comma 25, gli enti aggiudicatori di cui al comma 29 nonché i diversi soggetti pubblici o privati assegnatari dei fondi, di cui al citato capo IV.

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

- h) gli enti aggiudicatori<sup>22</sup> di cui all'articolo 207<sup>23</sup>, qualora, ai sensi dell'articolo 214, devono trovare applicazione le disposizioni della parte II anziché quelle della parte III del Codice.

Pur nell'ambito di una classificazione alquanto esaustiva delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, la norma in questione (come peraltro faceva la Legge 109/1994) salva la nozione di carattere residuale di "*organismo di diritto pubblico*" inquadrandola, però, all'interno della nozione di amministrazione aggiudicatrice. È, difatti, noto che il diritto comunitario ha imposto, nell'ambito dei diritti interni, una rivisitazione del concetto di pubblica amministrazione incentrata anche sul criterio funzionale dell'interesse perseguito e non solo su quello soggettivo della denominazione assegnata al soggetto agente.

Nell'ordinamento italiano la nozione di pubblica amministrazione, non solo statale ma in generale pubblica, veniva definita, in precedenza, attraverso una serie di parametri fra i quali, preminente, era quello formale della presenza di una struttura ed un'organizzazione di carattere pubblicistico. In questo modo, si consentiva al soggetto pubblico di eludere agevolmente le regole della concorrenza, a cui presidio è posta la normativa in materia di appalti, attraverso la creazione di soggetti formalmente privati, ma comunque posti sotto il controllo pubblico.

L'inserimento della figura dell'*organismo di diritto pubblico* fra i soggetti obbligati a rispettare le regole in materia di aggiudicazione degli appalti è finalizzata proprio a comprendere entro la nozione di pubblica amministrazione anche organismi formalmente societari e, pertanto, strutturati secondo una organizzazione di natura privatistica.

Lascia pertanto perplessi il contenuto del 3° comma dell'art. 32 del Codice ai sensi del quale: "Le società di cui al comma 1, lettera c) non sono tenute ad

22. Ai sensi dell'art. 3, comma 29 del D.L.vo n. 163/2006: "Gli «enti aggiudicatori» al fine dell'applicazione delle disposizioni delle parti I, III, IV e V comprendono le amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche, e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti".

23. Statuisce l'articolo 217 del Codice "1. La presente parte si applica, nei limiti espressamente previsti, a soggetti: a) che sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 208 a 213 del presente codice; b) che non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 208 a 213 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro.2. Sono diritti speciali o esclusivi i diritti costituiti per legge, regolamento o in virtù di una concessione o altro provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare a uno o più soggetti l'esercizio di una attività di cui agli articoli da 208 a 213 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri soggetti di esercitare tale attività".

applicare le disposizioni del presente Codice limitatamente alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite, se ricorrono le seguenti condizioni:

- 1) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;
- 2) *il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal presente Codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;*
- 3) *la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo".*

La scelta del Codice di regolamentare, con la norma in esame, l'affidamento di contratti da parte delle "società miste", palesa una contraddittorietà intrinseca con le scelte di fondo operate dal legislatore che ha esplicitamente estromesso dal Codice la disciplina dell'*in house providing e construction*<sup>24</sup>.

Con la norma in esame, infatti, il Codice non solo provvede a disciplinare la questione dell'affidamento *in house*, ma aderisce, altresì, ad una tesi non pienamente condivisibile alla luce del recente orientamento della giurisprudenza comunitaria - che pur ne avrebbe dovuto ispirare la formazione - e della nuova disciplina legislativa adottata nella materia dall'art. 13 della Legge n. 248 del 4 agosto 2006 che ha convertito con modifiche il D.L. 4 luglio 2006 n. 223<sup>25</sup>.

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

25. L'art. 13 della Legge n. 248/2006 statuisce che: «1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti. 2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1. 3. Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società da collocare sul mercato, secondo le procedure del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, entro ulteriori diciotto mesi. I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate ai sensi del periodo precedente perdono efficacia alla scadenza del termine indicato nel primo periodo del presente comma. 4. I contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione perfezionate prima della predetta data».

É possibile ricostruire l'ambito dei soggetti tenuti ad applicare le norme del Codice sulla base del seguente schema distinguendo fra amministrazioni aggiudicatrici, imprese pubbliche, enti aggiudicatori e soggetti aggiudicatori.

**Tav. 3 - I soggetti sottoposti alle disposizioni del D.L.vo n. 163/2006**

| Denominazione della categoria soggetti   | Fonte normativa   | Individuazione dei soggetti  |
|--|---|--|
| Amministrazioni aggiudicatrici   | Art. 3, comma 25 e per gli organismi di diritto pubblico allegato III | 1) Le amministrazioni dello Stato;<br>2) gli enti pubblici territoriali;<br>3) gli altri enti pubblici non economici;<br>4) gli organismi di diritto pubblico;<br>5) le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti.   |
| Imprese pubbliche  | Art. 3, comma 28  | Sono le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie o perché vi hanno la partecipazione finanziaria o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese.   |
| Enti aggiudicatori   | Art. 3, comma 29 - allegato VI  | Gli «enti aggiudicatori» al fine dell'applicazione delle disposizioni delle parti I, III, IV E V comprendono:<br>1) le amministrazioni aggiudicatrici;<br>2) le imprese pubbliche;<br>3) i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti.                     |
| Soggetti aggiudicatori ai fini della parte II del codice   | Art. 3 comma 31   | I soggetti aggiudicatori ai fini dell'applicazione della parte II del Codice sono i soggetti privati tenuti all'applicazione delle disposizioni del Codice.  |
| Soggetti aggiudicatori ai fini della parte II - Titolo III del codice (infrastrutture strategiche) | Art. 3, comma 32  | Oltre ai soggetti di cui al comma 31, comprende anche le amministrazioni aggiudicatrici, gli enti aggiudicatori ed i diversi soggetti pubblici o privati assegnatari dei fondi di cui al capo IV.  |
| Organismo di diritto pubblico  | Art. 3, comma 26  | Qualsiasi organismo istituito per soddisfare esigenze di interesse generale, dotato di personalità giuridica; la cui attività sia finanziata oppure la cui gestione soggetta al controllo oppure il cui organo di amministrazione, direzione o vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. |

Fonte: Centro Studi CNI, 2007

### 3. Autorità per la vigilanza, Osservatorio e Sportello dei contratti pubblici

Il D.L.vo n. 163/2006, facendo sostanzialmente salvo quanto disposto precedentemente dalla Legge n. 109/1994, individua le seguenti istituzioni e strutture fondamentali:

- l'Autorità di vigilanza (art. 6);
- l'Osservatorio (art. 7);
- lo Sportello dei contratti pubblici (art. 9);

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture è una amministrazione "indipendente" che vede estendere (rispetto a quanto disposto dalla Legge n. 109/1994 che già la prevedeva) il proprio ambito oggettivo di intervento anche ai contratti aventi ad oggetto servizi e forniture, in coerenza con l'unificazione della disciplina di aggiudicazione ed esecuzione degli appalti operata dal D.L.vo n. 163/2006 ed in attuazione della Legge delega<sup>26</sup>.

La funzione tipica dell'Autorità continua ad essere quella di vigilanza e garanzia in ordine alla corretta applicazione della disciplina in materia di contratti pubblici; funzione che, peraltro, dovendosi conservare unitaria per essere efficace, è destinata a rimanere intangibile al legislatore regionale.

In particolare, ai sensi dell'art. 6, 5° comma, del Codice: *"L'Autorità vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, nonché, nei limiti stabiliti dal presente codice, sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture esclusi dall'ambito di applicazione del presente codice, al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'articolo 2 e, segnatamente, il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara"*.

La norma estende, dunque, l'intervento dell'Autorità anche ai contratti esclusi dall'ambito di operatività del Codice. Sono, invece, esclusi dall'ambito della funzione di vigilanza dell'Autorità i contratti secretati, quelli relativi al commercio di armi e quelli stipulati in base ad accordi internazionali.

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

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

Per quanto concerne quest'ultima, i commi 65 e 67, dell'art. 1 della Legge n. 266/2005, hanno statuito che: (comma 65) *“A decorrere dall'anno 2007 le spese di funzionamento della (...) Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (...) sono finanziate dal mercato di competenza, per la parte non coperta da finanziamento a carico del bilancio dello Stato, secondo modalità previste dalla normativa vigente ed entità di contribuzione determinate con propria deliberazione da ciascuna Autorità, nel rispetto dei limiti massimi previsti per legge, versate direttamente alle medesime Autorità. Le deliberazioni, con le quali sono fissati anche i termini e le modalità di versamento, sono sottoposte al Presidente del Consiglio dei ministri, sentito il Ministro dell'economia e delle finanze, per l'approvazione con proprio decreto entro venti giorni dal ricevimento. Decorso il termine di venti giorni dal ricevimento senza che siano state formulate osservazioni, le deliberazioni adottate dagli organismi ai sensi del presente comma divengono esecutive”*. Il comma 67 infine sancisce che: *“L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (...), ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento di cui al comma 65 determina annualmente l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza, nonché le relative modalità di riscossione, ivi compreso l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche. In sede di prima applicazione, il totale dei contributi versati non deve, comunque, superare lo 0,25 per cento del valore complessivo del mercato di competenza. L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici può, altresì, individuare quali servizi siano erogabili a titolo oneroso, secondo tariffe determinate sulla base del costo effettivo dei servizi stessi. I contributi e le tariffe previsti dal presente comma sono predeterminati e pubblici. Eventuali variazioni delle modalità e della misura della contribuzione e delle tariffe, comunque nel limite massimo dello 0,4 per cento del valore complessivo del mercato di competenza, possono essere adottate dall'Autorità ai sensi del comma 65 (...)”*.

Le garanzie poste a tutela dell'indipendenza dell'Autorità sono quelle tipiche riconosciute a qualsivoglia Autorità indipendente e concernono le modalità di nomina dei membri, i requisiti richiesti agli stessi, il riconoscimento di una autonomia organizzativa e regolamentare.

Riguardo al primo dei profili di cui sopra, l'art. 6 del Codice precisa che i membri dell'Autorità saranno nominati direttamente dai Presidenti delle Camere e scelti fra personalità di spicco del settore aventi particolare professionalità; essi rimangono in carica per cinque anni non rinnovabili né prorogabili<sup>27</sup>.

27. In particolare precisa l'art. 6, 3° comma, del D.lg. n. 163/2006 che: *“L'Autorità è organo collegiale costituito da cinque membri nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. I membri dell'Autorità, al fine di garantire la pluralità delle esperienze e delle conoscenze, sono scelti tra personalità che operano in settori tecnici, economici e giuridici con riconosciuta professionalità. L'Autorità sceglie il presidente tra i propri componenti e stabilisce le norme sul proprio funzionamento”*.

L'autonomia regolamentare concessa all'Autorità ha ad oggetto, oltre al profilo organizzativo, anche quello la disciplina dell'esercizio della funzione di vigilanza e del potere sanzionatorio. Sul punto deve rilevarsi come l'interprete abbia costantemente individuato l'azione dell'Autorità come esercizio di una potestà amministrativa e non normativa, priva di effetti vincolanti per le parti<sup>28</sup>; né, tanto meno, è stata mai riconosciuta valenza normativa agli atti auto-organizzativi della stessa Autorità.

Sotto il profilo organizzativo, l'autonomia dell'Autorità trova riconoscimento nell'art. 8, 2° comma del Codice, a mente del quale: *“L'Autorità, nell'ambito della sua autonomia organizzativa, disciplina con uno o più regolamenti la propria organizzazione e il proprio funzionamento, i bilanci, i rendiconti e la gestione delle spese nei limiti delle proprie risorse, anche in deroga alle disposizioni sulla contabilità generale dello Stato, l'accesso ai documenti amministrativi, le modalità di esercizio della vigilanza e i procedimenti sanzionatori di sua competenza”*.

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

- a) il termine congruo entro cui i destinatari di una richiesta dell'Autorità devono inviare i dati richiesti;
- b) la possibilità che l'Autorità invii propri funzionari nella sede di amministrazioni, soggetti aggiudicatori e operatori economici, al fine di acquisire dati, notizie, documenti, chiarimenti;
- c) la possibilità che l'Autorità convochi, con preavviso e indicazione specifica dell'oggetto, i rappresentanti di amministrazioni e soggetti aggiudicatori, operatori economici, SOA, o altri soggetti che ritenga necessario o opportuno sentire;
- d) le modalità di svolgimento dell'istruttoria;
- e) le forme di comunicazione degli atti, idonee a garantire la data certa della piena conoscenza.

È palese, alla luce di tali criteri, l'esigenza, riscontrata anche in sede di dibattito parlamentare e posta in evidenza anche dal Consiglio di Stato, di mitigare l'incidenza del potere regolamentare concesso all'Autorità nei confronti dei privati soprattutto nei casi di vigilanza e sanzioni, innalzando l'intensità del livello delle garanzie procedurali in favore di questi ultimi.

Per quanto concerne, infine, l'attività sanzionatoria, l'art. 8, 4° comma, del Codice dispone che: *“Il regolamento dell'Autorità disciplina l'esercizio del potere san-*

28. *Ex multis*: TAR Lazio 10.07.2002 n. 6741 in Urbanistica e appalti, 2003, 2, 222 con commento di IEVA secondo cui: *“Le determinazioni dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici possono ascrivere alla categoria delle “circolari interpretative”, in quanto destinate ad orientare la successiva attività delle Amministrazioni vigilate, ma con effetti non necessariamente vincolanti su di esse, le quali se ne possono discostare nel caso in cui le reputino contra legem”*.

zionatorio da parte dell'Autorità nel rispetto dei principi della tempestiva comunicazione dell'apertura dell'istruttoria, della contestazione degli addebiti, del termine a difesa, del contraddittorio, della motivazione, proporzionalità e adeguatezza della sanzione, della comunicazione tempestiva con forme idonee ad assicurare la data certa della piena conoscenza del provvedimento, del rispetto degli obblighi di riservatezza previsti dalle norme vigenti". In conclusione, per ciò che attiene all'Autorità, il Codice ha:

- esteso l'ambito delle sue funzioni oltre che ai lavori anche ai servizi ed alle forniture, nonché ai contratti esclusi dall'ambito di applicazione del Codice al fine di riscontrarne il rispetto dei principi di trasparenza, correttezza delle procedure di scelta del contraente ed in genere il rispetto delle regole della concorrenza;
- assegnato ad essa la titolarità di una funzione propositiva in favore del Governo in ordine alle modifiche occorrenti alla legislazione vigente in materia di contratti pubblici (art. 6, 7° comma, lett. f);
- assegnato ad essa la titolarità di un potere di annullamento e/o sospensione delle attestazioni rilasciate dalle SOA in carenza dei presupposti richiesti dalla Legge e di perdurante inerzia delle stesse SOA (art. 6, 7° comma, lettera m). In merito a tale ambito di intervento, all'Autorità è demandata anche la funzione di controllo sulle attestazioni rilasciate dalle SOA a partire dall'1 marzo 2000. In particolare statuisce l'art. 253, comma 21 del Codice: *"In relazione alle attestazioni rilasciate dalle SOA dal 1° marzo 2000 alla data di entrata in vigore del codice, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di intesa con l'Autorità, emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono stabiliti i criteri, le modalità e le procedure per la verifica dei certificati dei lavori pubblici e delle fatture utilizzati ai fini del rilascio delle attestazioni SOA. La verifica è conclusa entro un anno dall'entrata in vigore del predetto decreto"*;
- assegnata ad essa la titolarità di una funzione consultiva relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara (art. 6, 7° comma, lett. n).

Meno rilevanti le novità per quanto concerne l'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, al quale, come nel caso dell'Autorità, è stata estesa la competenza anche ai contratti pubblici relativi a servizi e forniture, e la cui disciplina è dettata dall'art. 7 del Codice.

Sotto il profilo organizzativo l'Osservatorio, articolato in una sezione centrale ed in sezioni regionali, opera nell'ambito dell'Autorità ed esercita sostanzialmente una funzione di monitoraggio dei dati afferenti alle procedure di aggiudicazione e all'esecuzione dei contratti. L'estensione del suo ambito di intervento anche ai settori dei servizi e delle forniture ha comportato l'esigenza di coordinar-

ne l'attività con quelle degli altri enti competenti per tali settori, ossia, l'Istat e la Consip. Difatti, l'art. 7, 3° comma, del Codice dispone che: *“L'Osservatorio, in collaborazione con il CNIPA, opera mediante procedure informatiche, sulla base di apposite convenzioni, anche attraverso collegamento con gli analoghi sistemi della Ragioneria generale dello Stato, dei Ministeri interessati, dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), delle regioni, dell'Unione province d'Italia (UPI), dell'Associazione nazionale comuni italiani (ANCI), delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e delle casse edili, della CONSIP”*.

Restano invariati gli obblighi di comunicazione<sup>29</sup> e le funzioni attribuite all'Osservatorio che, ai sensi dell'art. 7, 4° comma, del Codice, sono le seguenti:

- a) provvedere alla raccolta e alla elaborazione dei dati informativi concernenti i contratti pubblici su tutto il territorio nazionale e, in particolare, di quelli concernenti i bandi e gli avvisi di gara, le aggiudicazioni e gli affidamenti, le imprese partecipanti, l'impiego della mano d'opera e le relative norme di sicurezza, i costi e gli scostamenti rispetto a quelli preventivati, i tempi di esecuzione e le modalità di attuazione degli interventi, i ritardi e le disfunzioni;
- b) determinare annualmente costi standardizzati per tipo di lavoro in relazione a specifiche aree territoriali, facendone oggetto di una specifica pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale;
- c) determinare annualmente costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura in relazione a specifiche aree territoriali, facendone oggetto di una specifica pubblicazione, avvalendosi dei dati forniti dall'ISTAT, e tenendo conto dei parametri-qualità prezzo di cui alle convenzioni stipulate dalla CONSIP, ai sensi dell'articolo 26, legge 23 dicembre 1999, n. 488;
- d) pubblicare semestralmente i programmi triennali dei lavori pubblici predisposti dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché l'elenco dei contratti pubblici affidati;
- e) promuovere la realizzazione di un collegamento informatico con le stazioni appaltanti, nonché con le Regioni, al fine di acquisire informazioni in tempo reale sui contratti pubblici;
- f) garantire l'accesso generalizzato, anche per via informatica, ai dati raccolti e alle relative elaborazioni;
- g) adempiere agli oneri di pubblicità e di conoscibilità richiesti dall'Autorità;
- h) favorire la formazione di archivi di settore, in particolare in materia contrattuale, e la formulazione di tipologie unitarie da mettere a disposizione dei soggetti interessati;

29. Riportati dall'art. 7, comma 8 del Codice.

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

Il Codice prevede, inoltre, che l'Osservatorio predisponga un sito informatico sul quale dovranno essere pubblicati i bandi e gli avvisi relativi alle diverse procedure di aggiudicazione<sup>30</sup>.

Sotto il profilo organizzativo l'art. 9 del Codice, per ottemperare alla richiesta di informazioni prescritte dall'art. 27 della Direttiva 2004/18<sup>31</sup>, introduce la nuova figura dello *Sportello dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*. La previsione normativa risponde alla medesima *ratio* che ha supportato la costituzione degli sportelli unici in altri settori come quello dell'edilizia; essa è espressione dell'esigenza di semplificazione e snellimento procedurale, attraverso l'istituzione di un'interfaccia di natura esclusivamente procedimentale in favore dell'utente privato che deve affrontare un procedimento amministrativo di particolare complessità come quello concernente i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Per i contratti pubblici le sue competenze sono, rispetto agli altri settori, circoscritte esclusivamente ad alcuni adempimenti di tipo informativo. In particolare ai sensi dell'art. 9, 1° comma, del Codice lo Sportello ha il compito di:

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

30. Si veda in particolare l'art. 66, 7° comma, del Codice

31. Dispone al norma europea che: "1.L'amministrazione aggiudicatrice può precisare o può essere obbligata da uno Stato membro a precisare nel capitolato d'oneri l'organismo o gli organismi dai quali i candidati o gli offerenti possono ottenere le pertinenti informazioni sugli obblighi relativi alla fiscalità, alla tutela dell'ambiente, alle disposizioni in materia di sicurezza e alle condizioni di lavoro che sono in vigore nello Stato membro, nella regione o nella località in cui devono essere fornite le prestazioni e che si applicheranno ai lavori effettuati nel cantiere o ai servizi forniti nel corso dell'esecuzione dell'appalto (...)".

## 4. Il Responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

L'art. 10 del Codice disciplina la figura del Responsabile delle procedure e di esecuzione di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Si tratta di una figura già oggetto di puntuale regolamentazione sia generale (Legge n. 241/90) che speciale, seppur limitatamente ai lavori pubblici, attraverso l'art. 7 della Legge n. 109/1994 nonché gli artt. 7 ed 8 del DPR n. 554/99.

Queste ultime norme, peraltro, da un lato, sono state fatte salve dall'art. 256 del Codice (art. 7 ed 8 del DPR 554/99) e dall'altro conservano un'efficacia transitoria ai sensi del combinato normativo di cui agli artt. 253, 3<sup>o</sup><sup>32</sup> e 6<sup>o</sup> comma<sup>33</sup> e 256 4<sup>o</sup> comma del Codice<sup>34</sup>; allo stato, esse dunque devono ritenersi pienamente operative ed applicabili, con conseguenze che saranno analizzate a breve.

Rispetto al regime previgente la figura del Responsabile viene introdotta anche per i contratti di servizi e delle forniture<sup>35</sup>, conservando il requisito carat-

32. Limitatamente ai soli lavori pubblici la norma prevede che "...fino all'entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 5, continuano ad applicarsi il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, il decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e le altre disposizioni regolamentari vigenti che, in base al presente codice, dovranno essere contenute nel regolamento di cui all'articolo 5, nei limiti di compatibilità con il presente codice. Per i lavori pubblici, fino all'adozione del nuovo capitolato generale, continua ad applicarsi il decreto ministeriale 19 aprile 2000, n. 145, se richiamato nel bando".

33. La norma dispone che: "In relazione all'articolo 10, fino all'entrata in vigore del regolamento, restano ferme le norme vigenti in tema di soggetti responsabili per le fasi di progettazione, affidamento, esecuzione, dei contratti pubblici". Ciò equivale a dire che, per i contratti di servizi e forniture, per i quali non era prevista una disciplina speciale della figura del responsabile si applicheranno, ancora, le norme di cui alla Legge n. 241/90.

34. Dispone la norma che: "Il regolamento di cui all'articolo 5 elenca le norme abrogate, con decorrenza dall'entrata in vigore del regolamento medesimo, anche in relazione alle disposizioni contenute nei seguenti atti: gli articoli 337, 338; 342; 343; 344; 348; 351; 352; 353; 354; 355 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F; il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 marzo 1999, n. 117; il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554; il decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34; il decreto del Presidente della Repubblica 4 aprile 2002, n. 101; il decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti 27 maggio 2005 in tema di qualificazione del contraente generale; il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 novembre 2005, recante «affidamento e gestione dei servizi sostitutivi di mensa»".

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

teristico dell'unicità così come si evince dal 1° comma, del citato art. 10 secondo cui: *“Per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominano, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione”*.

Tuttavia, la disciplina si diversifica a seconda dell'oggetto della prestazione contrattuale (lavori ovvero servizi di ingegneria ed architettura ovvero altre tipologie di servizi e le forniture).

Nel primo caso (contratti pubblici di lavori) il Codice conferma le regole del previgente quadro normativo in ordine:

- 1) **ai requisiti di professionalità.** Il *Responsabile* deve, infatti, essere un *tecnico* in possesso dei requisiti di professionalità indicati dall'emanando regolamento generale di cui all'art. 5<sup>36</sup>. Tuttavia per definire tali requisiti *medio tempore* occorrerà fare riferimento ancora alle norme di cui all'art. 7 del DPR n. 554/99. Difatti, se non oggetto di espressa abrogazione da parte dell'articolo 256 (come è il caso del citato art. 7), le norme del DPR n. 554/99 potranno essere abrogate solamente dal nuovo regolamento, con effetto dall'entrata in vigore di quest'ultimo. In questo senso depono, in modo ancora più decisivo, l'art. 253, 6° comma del Codice che, in via transitoria fino all'emanazione del “nuovo” regolamento generale di cui all'art. 5, statuisce che: *restano ferme le norme vigenti in tema di soggetti responsabili per le fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici*”. Di conseguenza, fino all'emanazione del nuovo regolamento, il *Responsabile* dovrà essere non solamente un tecnico, ma dovrà, altresì, essere in possesso *“di un titolo di studio adeguato alla natura dell'intervento da realizzare, abilitato all'esercizio della professione o, quando l'abilitazione non sia prevista dalle norme vigenti, è un funzionario con idonea professionalità, e con anzianità di servizio in ruolo non inferiore a cinque anni”*<sup>37</sup>. Per assumere il ruolo di *Responsabile*, non sarà sufficiente dunque, una qualsiasi preparazione tecnica, ma una preparazione *adeguata* alla complessità connessa all'intervento da realizzare;
- 2) **al rapporto con la pubblica amministrazione.** Il *Responsabile* dovrà essere un *dipendente di ruolo dell'amministrazione aggiudicatrice*<sup>38</sup>. L'inciso *“di ruolo”* riferito al dipendente potrebbe palesare un intento restrittivo del legislatore, nel senso di escludere tutti i dipendenti in

36. Art. 10, commi 5 e 6, Dlgs. 163/2006.

37. Art. 7, 4° comma, del DPR n. 554/99.

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

servizio “a contratto”. Non a caso, difatti, il legislatore, con il successivo D.L.von. 6/2007 ha integrato la previsione in parola disponendo che, ove fosse accertata la carenza ovvero l’assenza delle professionalità richieste in capo ai dipendente di ruolo, le amministrazioni aggiudicatrici potranno nominare il Responsabile del procedimento tra i propri dipendenti in servizio;

- 3) **ai compiti di supporto.** L’art. 10, 7° comma, riprende la norma di cui all’art. 7, 5° comma, della Legge n. 109/1994 precisando che: *“nel caso in cui l’organico delle amministrazioni aggiudicatrici presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del responsabile del procedimento, secondo quanto attestato dal dirigente competente, i compiti di supporto all’attività del responsabile del procedimento possono essere affidati, con le procedure previste dal presente codice per l’affidamento di incarichi di servizi, ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico finanziario, amministrativo, organizzativo, e legale, che abbiano stipulato adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali”*;
- 4) **alla modalità di individuazione dei responsabili per le stazioni appaltanti che non siano amministrazioni aggiudicatrici.** In particolare l’art. 10, 9° comma, dispone che: *“Le stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni e enti pubblici, in conformità ai principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, individuano, secondo i propri ordinamenti, uno o più soggetti cui affidare i compiti propri del responsabile del procedimento, limitatamente al rispetto delle norme del presente codice alla cui osservanza sono tenuti”*;
- 5) **alla possibilità di poter assumere contemporaneamente il ruolo di Responsabile, Progettista e Direttore dei lavori.** L’art. 10, 6° comma precisa che il futuro regolamento determinerà l’importo massimo e la tipologia dei lavori nei quali il Responsabile del procedimento potrà assumere anche il ruolo di Progettista. Anche le ipotesi di coincidenza tra Responsabile del procedimento e Direttore dell’esecuzione del contratto saranno stabilite dall’emanando Regolamento, in conformità all’articolo 119 del Codice. Attualmente, occorre allora ancora fare riferimento al vigente regolamento generale DPR 554/1999, il cui art. 7, 4° comma statuisce che le funzioni di Responsabile, Progettista e Direttore dei lavori possono coincidere per uno o più interventi, nei limiti delle competenze professionali del dipendente, **ad eccezione di interventi di cui all’articolo 2, comma 1, lettere h) ed i)**<sup>39</sup>, e di interventi di importo

39. L’art. 2, comma 1 del DPR n. 554/1999 statuisce: *“(.....) h) opere e impianti di speciale complessità, o di particolare rilevanza sotto il profilo tecnologico, o complessi o ad elevata componente tecnologica, oppure di particolare complessità, secondo le definizioni rispettivamente*

*superiore a 500.000 euro.* Occorre sottolineare che la definizione della soglie di valore entro la quale ritenere applicabile o meno il predetto principio non sembrerebbe presentare la natura di principio fondamentale ed in quanto tale potrebbe essere superata dal legislatore regionale. Comunque sia, in attesa di un loro specifico intervento in tal senso, le Regioni dovranno ritenersi vincolate a tale previsione normativa.

Per quanto concerne, invece, i contratti aventi ad oggetto servizi (diversi da quelli di architettura ed ingegneria), il Responsabile non dovrà essere necessariamente un "tecnico", ma comunque possedere un titolo di studio ed una competenza che siano adeguati allo svolgimento dei compiti per i quali è stato nominato. Anche in questo caso va considerata l'operatività della norma transitoria che rinvia, in attesa dell'emanazione del regolamento generale di cui all'art. 5 del Codice, alle vigenti norme in materia di soggetto responsabile delle varie fasi nelle quali si articola la procedura di affidamento. Contrariamente a quanto visto per i lavori pubblici, per i quali è presente una copiosa disciplina speciale, la previgente regolamentazione dei contratti di servizi e forniture non specifica nulla in merito alle professionalità ed alle competenze dei responsabili del procedimento, rinviando alla disciplina generale di cui alla Legge 241/90.

Rimangono inalterate, infine, le funzioni del Responsabile che, ai sensi dell'art. 10, 3° comma, del Codice:

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

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

c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure;

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

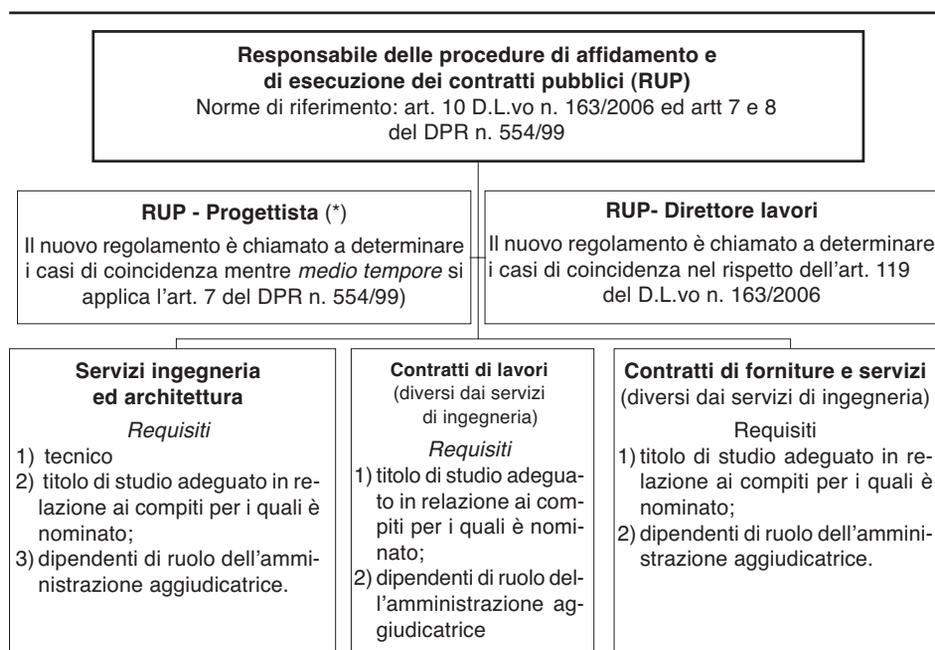
Segue nota 39

*contenute nell'articolo 17, commi 4 e 13, nell'articolo 20, comma 4, e nell'articolo 28, comma 7 della Legge: le opere e gli impianti caratterizzati dalla presenza in modo rilevante di almeno due dei seguenti elementi: 1) utilizzo di materiali e componenti innovativi; 2) processi produttivi innovativi o di alta precisione dimensionale e qualitativa; 3) esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistica o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche e ambientali; 4) complessità di funzionamento d'uso o necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità; 5) esecuzione in ambienti aggressivi; 6) necessità di prevedere dotazioni impiantistiche non usuali; i) progetto integrale di un intervento: un progetto elaborato in forma completa e dettagliata in tutte le sue parti, architettonica, strutturale e impiantistica (...)* □"

- e) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari;
- f) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza;
- g) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni;
- h) propone l'indizione, o, ove competente, indice la Conferenza di servizi, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati.

Il futuro Regolamento generale 5 è chiamato ad individuare gli eventuali altri compiti del Responsabile, che dovranno essere coordinati con quelli del Direttore dell'esecuzione del contratto e del Direttore dei lavori, nonché dei coordinatori in materia di salute e di sicurezza durante la progettazione e durante l'esecuzione, previsti dal decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e dalle altre norme vigenti. In attesa del nuovo Regolamento, trova applicazione, per le prestazioni aventi ad oggetto servizi di ingegneria ed architettura, l'art. 8 del DPR n. 554/99 che individua le ulteriori funzioni del Responsabile.

**Fig. 1 - Requisiti e possibili sovrapposizioni del Responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici (RUP)**



(\*) Ai sensi dell'art. 7, 4° comma del DPR n. 554/99: "Il responsabile del procedimento può svolgere per uno o più interventi, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di progettista o di direttore dei lavori. Tali funzioni non possono coincidere nel caso di interventi di cui all'articolo 2, comma 1, lettere h) ed i), e di interventi di importo superiore a 500.000 Euro. I progetti di cui al citato art. 2 sono rispettivamente: h) opere e impianti di speciale complessità, o di particolare rilevanza sotto il profilo tecnologico, o complessi o ad elevata componente tecnologica, oppure di particolare complessità, secondo le definizioni rispettivamente contenute nell'articolo 17, commi 4 e 13, nell'articolo 20, comma 4, e nell'articolo 28, comma 7 della Legge: le opere e gli impianti caratterizzati dalla presenza in modo rilevante di almeno due dei seguenti elementi: 1) utilizzo di materiali e componenti innovativi; 2) processi produttivi innovativi o di alta precisione dimensionale e qualitativa ; 3) esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistica o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche e ambientali; 4) complessità di funzionamento d'uso o necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità ; 5) esecuzione in ambienti aggressivi; 6) necessità di prevedere dotazioni impiantistiche non usuali. i) progetto integrale di un intervento: un progetto elaborato in forma completa e dettagliata in tutte le sue parti, architettonica, strutturale e impiantistica (...)"

Fonte: Centro Studi CNI, 2007

## 5. Le fasi della procedura di affidamento

L'art. 11 del D.L.vo n. 163/2006 disciplina, innovando quanto previsto dalla Legge n. 109/1994, lo schema della procedura di affidamento di un contratto pubblico, individuando le seguenti fasi fondamentali:

- 1) *la programmazione*, mediante la quale vengono individuati i bisogni pubblici, nonché gli interventi e le risorse per soddisfarli<sup>40</sup>;
- 2) *la determinazione a contrarre*, che rappresenta l'atto a mezzo del quale le amministrazioni aggiudicatrici esternano la propria volontà di stipulare un determinato contratto, individuandone i contenuti essenziali nonché gli elementi di selezione dei candidati<sup>41</sup>;
- 3) *la progettazione*, ossia una fase che non è espressamente prevista dall'art. 11 del D.L.vo n. 163/2006, ma che deve ritenersi di fondamentale importanza, a tal punto da acquistare autonoma rilevanza, soprattutto per i contratti di lavori, per i quali non solo l'esperimento della procedura di aggiudicazione, ma addirittura anche la prodromica attività di programmazione, sono condizionate dalla previa elaborazione di un documento progettuale;
- 4) *l'indizione di una delle procedura di affidamento previste dal Codice*, ciascuna procedura di affidamento (o aggiudicazione) si articola a sua volta in una serie di sub-procedimenti che possono essere tipicamente individuati in quelli di: pubblicazione di un bando ovvero di un invito; attività di qualificazione e selezione dei concorrenti che abbiano presentato un'offerta; aggiudicazione<sup>42</sup>;
- 5) L'aggiudicazione potrà avvenire solamente mediante il ricorso ai criteri tipizzati dal Codice che sono: il *prezzo più basso* e l'*offerta economicamente più vantaggiosa*. L'aggiudicazione provvisoria è disposta dalla Commissione di gara, mentre quella definitiva dall'Amministrazione

40. Ai sensi dell'art. 11, 1° comma, del Codice: "*Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici, se previsti dal presente codice o dalle norme vigenti*".

41. Ai sensi dell'art. 11, 2° comma, del Codice: "*Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte*".

42. Ai sensi dell'art. 11, 3° e 4° comma, del Codice: "*3. La selezione dei partecipanti avviene mediante uno dei sistemi previsti dal presente codice per l'individuazione dei soggetti offerenti. 4. Le procedure di affidamento selezionano la migliore offerta, mediante uno dei criteri previsti dal presente codice. Al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente*".

aggiudicatrice mediante l'organo a ciò deputato (Dirigente, Organismo collegiale ecc.). La procedura per l'aggiudicazione definitiva del contratto è regolamentata dall'art. 12, 1° comma del Codice<sup>43</sup>;

- 6) *la stipula del contratto*<sup>44</sup> di **appalto** ovvero di **concessione**, le due fattispecie contrattuali previste dal Codice. Ai sensi dell'art. 3, 6° comma del Codice, gli **appalti pubblici** sono i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti dal Codice. Ai sensi del successivo art. 3, comma 11, le **concessioni di lavori pubblici** sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al Codice, l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo. In questo contesto, la differenza corrente fra appalto e concessione è che il concessionario, contrariamente all'appaltatore, copre i costi dell'intervento mediante i flussi di cassa positivi scaturenti dalla gestione dell'opera realizzata. Il contratto dovrà rivestire la forma dell'atto pubblico notarile ovvero pubblica amministrativa ovvero, ancora, della scrittura privata, od in forma elettronica secondo le norme disposte dall'amministrazione aggiudicatrice. La stipula dovrà intervenire, una volta divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, *entro il termine di sessanta giorni*, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'articolo 12,

43. Dispone l'art. 12 del Codice che: *"L'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, l'aggiudicazione si intende approvata"*.

44. Art. 11, 9° comma, del Codice.

comma 3, non avviene nel termine ivi previsto<sup>45</sup>, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. In questo caso, all'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoriale<sup>46</sup>. *L'efficacia della stipula è sospensivamente condizionata (eventualmente) all'approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori ovvero degli altri soggetti aggiudicatori*<sup>47</sup>;

- 7) *l'esecuzione del contratto*, che concerne la materiale esecuzione della prestazione contrattuale. L'esecuzione del contratto potrà avere inizio solamente una volta che lo stesso sia divenuto efficace ed in particolare una volta che sia venuta meno la *condizione sospensiva* di cui al comma 11 dell'art. 11 del Codice, secondo cui: *"Il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori"*.

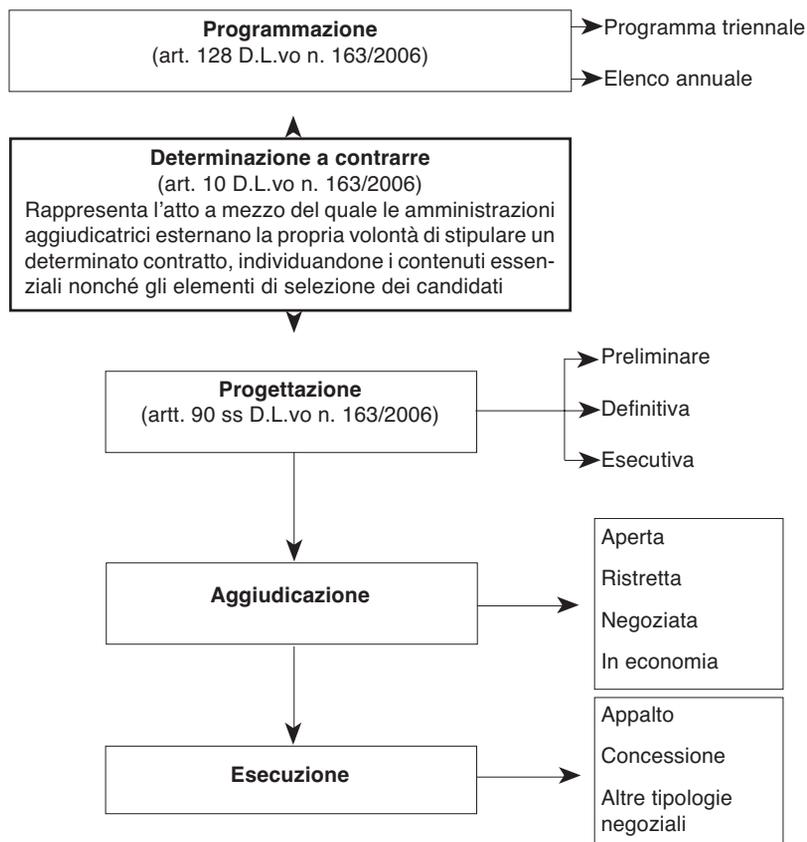
45. Statuisce il comma, 3 dell'art. 12 del Codice: *"3. L'approvazione del contratto di cui al comma 2 è sottoposta agli eventuali controlli previsti dagli ordinamenti delle amministrazioni aggiudicatrici, degli enti aggiudicatori, o degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento del contratto approvato da parte dell'organo di controllo. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine può essere interrotto, per non più di due volte, dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. L'organo di controllo si pronuncia entro trenta giorni dal ricevimento dei chiarimenti. Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, il contratto diventa efficace"*.

46. Ai sensi dell'art. 11, 10° comma, del Codice: *"Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell'articolo 79, salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine. La deroga di cui al periodo precedente non si applica ai contratti relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, di cui alla parte II, titolo III, capo IV"*.

47. Ai sensi dell'art. 12, 2° comma, del Codice si dispone che: *"2. Il contratto stipulato è soggetto all'eventuale approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento del contratto da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, il contratto si intende approvato"*.

Si esamineranno qui di seguito le diverse fasi della procedura di evidenza pubblica.

**Fig. 2 - Le fasi della procedura di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (art. 11 D.L.vo n. 163/2006)**



Fonte: Centro Studi CNI, 2007

Segue nota 47

3. L'approvazione del contratto di cui al comma 2 è sottoposta agli eventuali controlli previsti dagli ordinamenti delle amministrazioni aggiudicatrici, degli enti aggiudicatori, o degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento del contratto approvato da parte dell'organo di controllo. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine può essere interrotto, per non più di due volte, dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. L'organo di controllo si pronuncia entro trenta giorni dal ricevimento dei chiarimenti. Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, il contratto diventa efficace".

## 6. La programmazione dei lavori pubblici

*La programmazione dei lavori pubblici* è disciplinata dall'art. 128 del Codice, il quale sostituisce, con poche novità, il precedente art. 14 della Legge n. 109/1994 e quanto disposto dal DPR n. 554/1994 le cui norme, peraltro, possono ritenersi ancora efficaci in quanto non abrogate dall'art. 256 del D.L.vo n. 163/2006.

La programmazione è richiesta per i soli lavori pubblici di importo **superiore ai 100.000 euro**<sup>48</sup> ed è l'attività attraverso la quale l'amministrazione pubblica individua i bisogni della collettività amministrata e le opere occorrenti per la loro soddisfazione, nonché stanziare i fondi indispensabili al fine della loro realizzazione<sup>49</sup>. Ciò spiega lo stretto collegamento della programmazione con i documenti contabili fondamentali ed in particolare con il bilancio preventivo dell'Amministrazione pubblica<sup>50</sup>.

La programmazione dei lavori pubblici si articola, ai sensi dell'art. 128, in un **programma triennale** (il quale deve essere aggiornato annualmente) ed in un **elenco annuale**. Il *programma triennale* individua gli interventi che l'amministrazione intende realizzare nel corso di un triennio e, come detto, è soggetto ad aggiornamenti annuali; l'*elenco annuale* (da non confondere con l'aggiornamento annuale del programma triennale) contiene, invece, il complesso degli interventi eseguibili nel corso dell'anno. Ai sensi dell'art. 128, 9° comma, l'*elenco annuale* deve contenere l'indicazione dei mezzi finanziari stanziati dall'amministrazione sullo stato di previsione o sul proprio bilancio, ovvero disponibili in

48. Art. 126, 2° comma, del Codice.

49. In particolare, ai sensi dell'art. 128, 2° comma, del Codice: *“Il programma triennale costituisce momento attuativo di studi di fattibilità e di identificazione e quantificazione dei propri bisogni che le amministrazioni aggiudicatrici predispongono nell'esercizio delle loro autonome competenze e, quando esplicitamente previsto, di concerto con altri soggetti, in conformità agli obiettivi assunti come prioritari. Gli studi individuano i lavori strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, indicano le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e contengono l'analisi dello stato di fatto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, e nelle sue componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche. In particolare le amministrazioni aggiudicatrici individuano con priorità i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica. Lo schema di programma triennale e i suoi aggiornamenti annuali sono resi pubblici, prima della loro approvazione, mediante affissione nella sede delle amministrazioni aggiudicatrici per almeno sessanta giorni consecutivi ed eventualmente mediante pubblicazione sul profilo di committente della stazione appaltante”.*

50. Ai sensi dell'art. 128, 1° comma, del Codice: *“L'attività di realizzazione dei lavori di cui al presente codice di singolo importo superiore a 100.000 euro si svolge sulla base di un programma triennale e di suoi aggiornamenti annuali che le amministrazioni aggiudicatrici predispongono e approvano, nel rispetto dei documenti programmatori, già previsti dalla normativa vigente, e della normativa urbanistica, unitamente all'elenco dei lavori da realizzare nell'anno stesso”.*

base a contributi o risorse dello Stato, delle regioni a statuto ordinario o di altri enti pubblici, già stanziati nei rispettivi stati di previsione o bilanci, nonché acquisibili ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 31 ottobre 1990, n. 310, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 1990, n. 403, e successive modificazioni.

Dal vigente quadro normativo di riferimento emerge una precisa scansione procedurale dell'attività di programmazione, che si articola nelle seguenti fasi:

- 1) *la predisposizione di uno studio per individuare il quadro dei bisogni e delle esigenze*, al fine di identificare gli interventi necessari al loro soddisfacimento (art. 11, 1° comma, D.P.R. n. 554/99);
- 2) *la predisposizione di uno studio di fattibilità* che presenti il contenuto previsto dall'art. 128, 2° comma, del D.L.vo n. 163/2006 il quale, conformemente all'art. 14 della Legge n. 109/1994 come modificato dalla legge n. 166/2002, ha confermato che per i lavori d'importo inferiore ad 1 milione di euro, l'inserimento dell'opera nell'elenco annuale non necessita della progettazione preliminare (richiesta per le sole opere d'importo pari o superiore al predetto importo), ma solamente dello studio di fattibilità<sup>51</sup>;
- 3) *la predisposizione del programma triennale*, il cui contenuto è specificato nel dettaglio dal più volte citato D.M. 21 giugno 2000 come sostituito dal D.M. 22 giugno 2004, a decorrere dal 1° luglio 2004 e, successivamente, dal D.M. 9 giugno 2005, a decorrere dal 1° luglio 2005. Nell'ambito della scansione procedurale, rientra nelle competenze della Giunta Municipale, ai sensi dell'art. 48 del D.L.vo 18 agosto 2000, n. 267, l'approvazione dello schema del programma triennale dei lavori pubblici previsto dall'art. 128 del Codice e del suo aggiornamento annuale, dovendosi considerare lo schema di piano un atto di proposta e di impulso, mentre il Consiglio comunale, ai sensi dell'art. 42 dello stesso decreto legislativo, dovrà ritenersi competente per l'approvazione definitiva del programma e dell'elenco annuale delle opere da realizzare, trattandosi di un atto di programmazione e di indirizzo.

Il procedimento di predisposizione del programma è, allo stato vigente, regolamentato dal D.M. del 9 giugno 2005, in quanto non espressamente abrogato. Tale D.M. individua sostanzialmente le seguenti fasi per la predisposizione e l'adozione del *programma triennale* e dell'*elenco annuale*<sup>52</sup>:

51. Art. 128, 6° comma, D.L.vo 163/2006.

52. In particolare dispone l'art. 128, comma 11, del Codice che: *Le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad adottare il programma triennale e gli elenchi annuali dei lavori sulla base degli schemi tipo, che sono definiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e sono pubblicati sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n. 20 e per estremi sul sito informatico presso l'Osservatorio.*

- a) una fase preliminare;
- b) una fase di redazione;
- c) una fase di approvazione;
- d) una fase di pubblicazione.

La fase preliminare consiste essenzialmente nella predisposizione di uno studio ai sensi dell'art. 11, del D.P.R. n. 554/99<sup>53</sup> avente ad oggetto l'analisi del quadro dei bisogni; l'amministrazione dovrà procedere alla verifica delle disponibilità finanziarie in conformità al modello di cui alla scheda II allegata al D.M. 9 giugno 2005.

Tale scheda si suddivide in due sezioni: nella sezione A dovranno essere indicate le somme complessivamente destinate all'attuazione del programma, per il contenzioso, nonché per i lavori urgenti; nella sezione B l'elenco dei beni pubblici che potrebbero essere oggetto del corrispettivo dell'appaltatore.

Come detto, allo studio di cui all'art. 11 del D.P.R. n. 554/99 dovrà essere affiancato un studio di fattibilità che potrà essere "sintetico", qualora l'importo dei lavori sia pari o inferiore a 10.329,137 euro, o "completo" qualora, invece, l'importo dei lavori sia superiore a tale soglia. È degna di menzione la considerazione secondo cui, anche qualora lo studio sia sintetico, esso dovrà comunque "rendere conto in modo sufficiente e congruo della analisi effettuata in ordine alle condizioni di fattibilità dell'opera con riguardo a tutte le possibili componenti rilevanti per la sua realizzazione"<sup>54</sup>.

La successiva fase di redazione si sostanzia nella compilazione di quattro delle otto schede allegate al D.M. del 2005 e cioè:

- la scheda 1 relativa al "quadro delle risorse disponibili";
- la scheda 2 relativa alla "articolazione della copertura finanziaria";
- la scheda 2b relativa all'elenco degli immobili da trasferire ex articolo 143, 5° comma del Codice (ex art. 19 comma 5 ter della Legge 109/94 e s.m.i);
- la scheda 3 relativa all'elenco annuale dei lavori.

L'amministrazione pubblica è obbligata a dare un ordine di priorità ai lavori programmati; tale ordine ha un carattere generale, ossia relativo alle diverse categorie di lavori inseriti nel programma triennale, fermo restando che do-

53. Ai sensi dell'art. 11 del DPR 554/99: "1. Le amministrazioni aggiudicatrici elaborano uno studio per individuare il quadro dei bisogni e delle esigenze, al fine di identificare gli interventi necessari al loro soddisfacimento. 2. Sulla base dello studio di cui al comma 1 le amministrazioni aggiudicatrici provvedono alla redazione di studi di fattibilità necessari per l'elaborazione del programma di cui all'articolo 14 della Legge. 3 In materia di programmi di lavori pubblici gli enti locali territoriali applicano le norme previste nei propri ordinamenti compatibili con le disposizioni della Legge e del regolamento".

54. Si veda Cons, St., V, sent. 23.10.2002, n. 5824 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

vranno ritenersi comunque prioritari i lavori di manutenzione<sup>55</sup>, di recupero del patrimonio esistente, di completamento dei lavori già iniziati, i progetti esecutivi approvati, nonché gli interventi per i quali ricorra la possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario.

L'inserimento dell'intervento nell'elenco annuale richiede la previa redazione di uno *studio di fattibilità*, qualora il lavoro sia d'importo inferiore al milione di euro, e di un *progetto preliminare* nel caso in cui sia pari o superiore al predetto valore.

*La fase di adozione* fa riferimento alle scadenze temporali relative all'approvazione del piano triennale e dell'elenco annuale. I termini sono coincidenti in quanto sia per il programma triennale (art. 13, 1° comma, D.P.R. n. 554/99) che per l'elenco annuale (art. 128, 9° comma, D.L.vo 163/2006) la normativa ne prevede l'approvazione contestualmente a quella del Bilancio preventivo (quindi generalmente entro il 31 dicembre di ogni anno, oppure in altra data normativamente indicata), del quale entrambi costituiscono allegati.

Diversamente, gli schemi che compongono il programma triennale e l'elenco annuale devono essere redatti entro il 30 settembre di ogni anno ed adottati entro il 15 ottobre, dall'organo competente secondo i rispettivi ordinamenti delle Amministrazioni aggiudicatrici<sup>56</sup>.

La proposta di aggiornamento del programma triennale è fatta anche in ordine alle esigenze prospettate dai responsabili del procedimento dei singoli interventi. Le Amministrazioni dello Stato dovranno procedere all'aggiornamento definitivo del programma triennale entro 90 giorni dall'approvazione della legge di bilancio da parte del Parlamento.

Giova ricordare, relativamente alla fase in esame, che **le operazioni di redazione del programma triennale, una volta che esso sia stato approvato per la prima volta, consisteranno esclusivamente nella sua integrazione con l'approvazione del relativo aggiornamento annuale, ma non della sua redazione ex novo.**

In merito, va ulteriormente precisato, che l'articolo unico del D.M. 4 agosto 2000 recante "*Interpretazione autentica del decreto ministeriale 21 giugno 2000, n. 5374/21/65, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 27 giugno 2000*" ha chiarito che il progetto preliminare, condizione indispensabile per l'inserimento dell'opera nell'elenco annuale, qualora d'importo pari o superiore ad un milione di euro, dovrà essere predisposto entro la data in cui l'Amministrazione provvede all'approvazione del bilancio di previsione (quindi, in genere, entro il 31 dicembre o altra data normativamente indicata) e non quella relativa al prodromico e diverso momento dell'adozione del predetto elenco.

55. Per l'inserimento dei quali nella programmazione non è necessario predisporre uno studio di fattibilità, neanche nella forma sintetica.

56. Art. 1, 2° comma, D.M. 2005.

*La fase dell'approvazione è quella nella quale emergono maggiormente le esigenze di tutela della posizione dei terzi coinvolti dall'attività di programmazione. Difatti, l'art. 128, 2° comma, del Codice prevede fra l'altro, che: "Lo schema di programma ed i suoi aggiornamenti annuali sono resi pubblici, prima della loro approvazione, mediante affissione nella sede della amministrazioni aggiudicatrici per almeno sessanta giorni consecutivi ed eventualmente mediante pubblicazione sul profilo di committente della stazione appaltante".*

L'art. 5 del D.M. 9 giugno 2005 precisa, ai fini della loro pubblicità e della trasparenza amministrativa, che gli schemi adottati<sup>57</sup> dei programmi triennali ed degli elenchi annuali, sono affissi, prima dell'approvazione dei relativi programmi ed elenchi, per almeno sessanta giorni consecutivi, nella sede dell'Amministrazione procedente, che può adottare ulteriori forme di informazione nei confronti dei soggetti comunque interessati al programma, purché queste siano predisposte in modo da assicurare il rispetto dei tempi di cui all'art. 1, comma 3 del D.M. del 2005<sup>58</sup>.

Nel caso in cui il programma dell'Amministrazione sia redatto sulla base di un insieme di proposte provenienti da uffici periferici, la pubblicità andrà effettuata anche presso le sedi dei medesimi uffici. La pubblicità degli adeguamenti dei programmi triennali nel corso del primo anno di validità degli stessi è assolta attraverso la pubblicazione dell'atto che li approva, fermo restando l'obbligo di aggiornamento delle schede già pubblicate, sul sito di competenza di cui all'art. 1, comma 4 del DM 2005<sup>59</sup>.

Il programma triennale, l'elenco annuale dei lavori pubblici e i relativi aggiornamenti dovranno essere pubblicati sugli appositi siti internet predisposti rispettivamente dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, dalle Regioni e dalle Province autonome, fermo restando gli adempimenti di cui all'art. 128, comma 11 del Codice e all'art. 14 del decreto del Presidente della Repubblica n.

57. E, dunque, non i programmi già approvati, ma solamente gli schemi adottati.

58. Ai sensi dell'art. 1, 3° DM 2005: *"Entro novanta giorni dall'approvazione della legge di bilancio le Amministrazioni dello Stato procedono all'aggiornamento definitivo del Programma triennale unitamente all'elenco annuale dei lavori da realizzare nel primo anno ai sensi dell'art. 13, comma 3, D.P.R. n. 554/1999. Gli altri soggetti di cui al precedente comma 1, approvano i medesimi documenti unitamente al bilancio preventivo, di cui costituiscono parte integrante ai sensi dell'art. 14, comma 9, legge n. 109/1994 e successive modifiche ed integrazioni e dell'art. 13, comma 1, D.P.R. n. 554/1999".*

59. Ai sensi dell'art. 1, 4° comma: *"Per la redazione e pubblicazione delle informazioni sulla programmazione triennale e l'elenco annuale dei lavori pubblici, le amministrazioni individuano un referente da accreditarsi presso gli appositi siti internet predisposti rispettivamente dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, dalle Regioni e dalle Province autonome, competenti territorialmente. In caso di mancata attivazione da parte delle Regioni e delle Province autonome del sito di loro rispettiva competenza l'accredito avviene per il tramite del sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti".*

554/1999<sup>60</sup>. Da citare, rispetto alla previgente disposizione di cui all'art. 14, della Legge n. 109/1994, che l'art. 128, comma 12, del Codice dispone, altresì, il trasferimento dei programmi ed aggiornamenti da parte delle amministrazioni diverse da quelle locali e dalle loro associazioni e consorzi, l'obbligo di trasmissione al CIPE per la verifica con i documenti programmatori vigenti<sup>61</sup>.

Per quanto concerne, poi, la rilevanza di siffatte forme di pubblicità, è ragionevole ritenere che eventuali difformità procedurali non siano in grado di inficiare la validità dell'attività di programmazione a meno che esse non incidano sulla possibilità di consentirne la conoscibilità da parte dei terzi interessati.

Un'ultima notazione va sicuramente fatta riguardo la perentorietà o meno della previsione che impone l'inserimento dell'opera nell'ambito dei documenti programmatori. In particolare, l'inserimento dell'opera nella programmazione triennale è operazione necessaria per la realizzazione della medesima, mentre altrettanto non può dirsi per quanto concerne l'inserimento dell'opera nell'elenco annuale; in quest'ultimo caso, infatti, l'art. 128, commi 9 e 10 del D.L.vo n. 163/2006, legittima la realizzazione di lavori non inseriti nel menzionato elenco purché essi siano supportati da un autonomo piano economico-finanziario che non ricorra a risorse già impegnate dall'amministrazione al momento della formazione dell'elenco, fatta eccezione per le quelle rese disponibili a seguito di ribassi d'asta o economie.

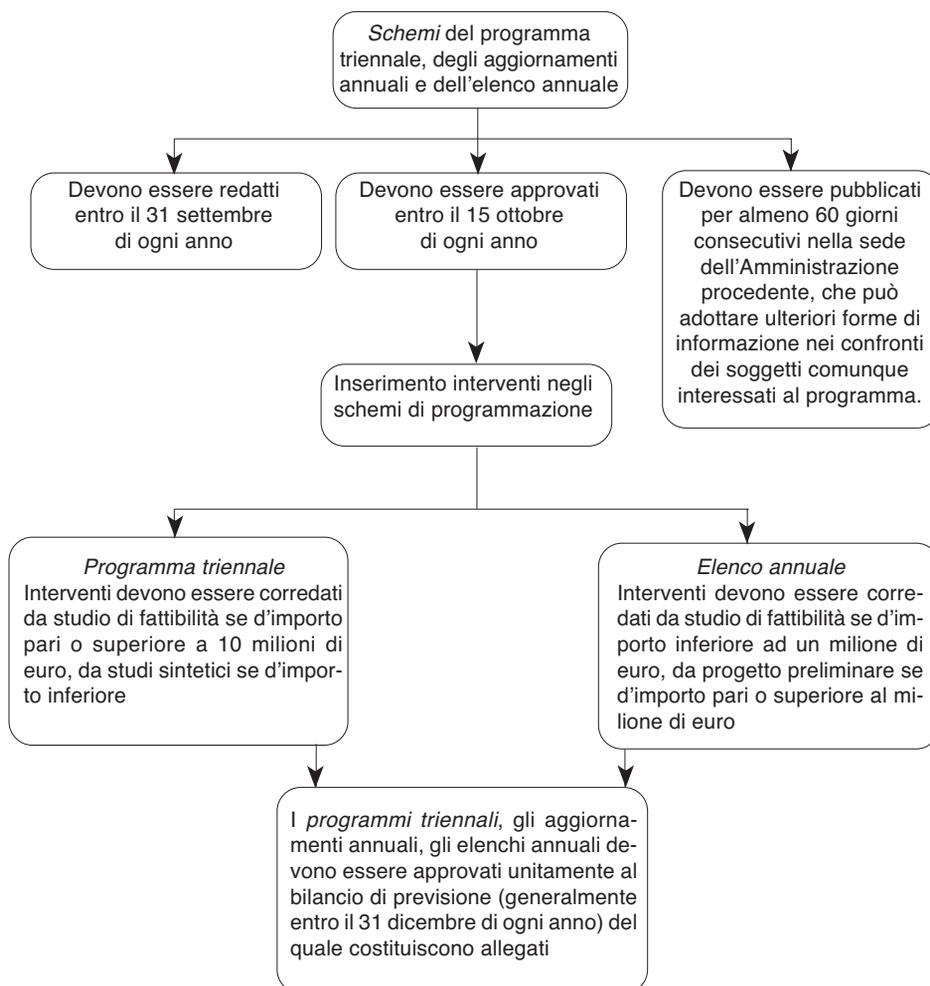
Il Codice, dunque, lascia sostanzialmente invariata l'attività di programmazione della pubblica amministrazione in materia di contratti pubblici; fra le poche novità deve rilevarsi il venir meno dell'inciso di cui al previgente comma 13, dell'art. 14 della Legge n. 109/1994, nella parte in cui collegava all'approvazione del progetto definitivo gli effetti della dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza. Si tratta, però, di una modifica formale e non sostan-

60. Ai sensi dell'art. 14 DPR n. 554/99: "1. Le amministrazioni aggiudicatrici inviano all'Osservatorio dei lavori pubblici, sulla base della scheda tipo predisposta dal Ministero dei lavori pubblici, i programmi triennali, i loro aggiornamenti e gli elenchi annuali dei lavori da realizzare, ai sensi dell'articolo 14, comma 11, della Legge. 2. Le amministrazioni aggiudicatrici di rilevanza nazionale trasmettono i programmi al CIPE entro il 30 aprile di ciascun anno. 3. Le caratteristiche essenziali degli appalti di lavori pubblici di importo pari o superiori al controvalore in 5.000.000 di DSP, contenuti nei programmi, sono altresì rese note mediante comunicazione di preinformazione all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali dell'Unione Europea. Ai sensi dell'art. 128, 11 comma del D.L.vo n. 163/2006: ("Le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad adottare il programma triennale e gli elenchi annuali dei lavori sulla base degli schemi tipo, che sono definiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e sono pubblicati sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e trasporti di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n. 20 e per estremo sul sito informatico presso l'Osservatorio").

61. Ai sensi dell'art. 128, 12° comma del D.L.vo n. 163/2006: "I programmi triennali e gli aggiornamenti annuali, fatta eccezione per quelli predisposti dagli enti e da amministrazioni locali e loro associazioni e consorzi, sono altresì trasmessi al CIPE, per la verifica della loro compatibilità con i documenti programmatori vigenti".

ziale in quanto gli effetti di cui sopra sono comunque fatti salvi dalle norme di cui al DPR n. 327/2001<sup>62</sup>.

**Fig. 3 - Il procedimento di formazione del programma triennale e dell'elenco annuale**



Fonte: Centro Studi CNI, 2007

62. In particolare artt. 17-19 del DPR n. 327/2001.

## 7. La progettazione

L'attività di progettazione riveste, nell'ambito del procedimento di realizzazione dei lavori pubblici, un ruolo fondamentale. La giurisprudenza contabile<sup>63</sup> non aveva mancato di rilevare, nei primi anni 90, come gran parte delle difficoltà afferenti all'esecuzione dei lavori pubblici dovessero "ricondursi ad una progettazione lacunosa ed inadeguata".

La Legge n. 109/1994 aveva cercato di porre limite a tale inadeguatezza, strutturando l'attività di progettazione e definendone tre distinti livelli:

- 1) preliminare;
- 2) definitivo;
- 3) esecutivo.

Accanto a questi tre livelli ne erano stati individuati, da provvedimenti normativi successivi, altri due ad essi prodromici:

- lo *studio di fattibilità*, ex Delibera CIPE 108/99;
- il *documento preliminare alla progettazione*, di competenza del Responsabile unico del procedimento, previsto dall'art. 15 del DPR n. 554/99.

L'articolazione dell'attività progettuale in cinque crescenti livelli di perfezionamento<sup>64</sup>, è rimasta invariata anche con il D.L.vo n. 163/2006. Tali livelli sono tutti **obbligatori** a prescindere dal soggetto (pubblico o privato) che li pone in essere. Anche la scansione procedurale cui essi danno luogo non può essere derogata o alterata, perchè essa risponde espressamente alla necessità di assicurare:

- la qualità dell'opera e la rispondenza alle finalità relative;
- la conformità alle norme urbanistiche e ambientali;
- il soddisfacimento dei requisiti essenziali, definiti nel quadro normativo nazionale e comunitario.

In sostanza il legislatore ha delineato "... un procedimento progressivo di successivo affinamento dei progetti quale strumento necessario per consentire agli organi della pubblica amministrazione di poter essere pienamente consapevoli delle scelte di realizzazione di una certa opera ovvero dell'esecuzione di un certo tipo di lavori, volendo evitare l'avvio di progetti estemporanei, inutili, inefficaci, irrealizzabili con sperpero di denaro pubblico, in omaggio ai principi di legalità, buon andamento ed imparzialità della azione della pubblica amministrazione consacrati dall'art. 97 della Costituzione"<sup>65</sup>.

63. V. Corte dei Conti relazioni parlamentari per gli anni 1990 – 1997.

64. Art. 93 del D. Lgs. n. 163/2006.

65. In questi termini si veda Cons. St., n. 6436/2002 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Ciò non esclude, in via principio, che le diverse fasi progettuali possano essere elaborate in un unico contesto temporale, ad esempio quando i lavori abbiano carattere di urgenza e indifferibilità, a condizione però che tale accorpamento non determini lacune o imprecisioni sotto il profilo del contenuto delle diverse fasi progettuali<sup>66</sup>.

Le fonti normative di riferimento per quanto attiene all'attività di progettazione sono rispettivamente: il Capo IV, Parte II del D.L.vo n. 163/2006 (artt. 90 e seguenti) ed il Titolo III, Capo II del D.P.R. n. 554/1999 (artt. 15-49) che deve ritenersi ancora vigente in quanto non abrogato dall'art. 256 del Codice.

Fra le novità - poche - a quest'ultimo riconducibili in materia di progettazione, deve sicuramente essere citata quella relativa all'introduzione (art. 94<sup>67</sup>) dell'attività di progettazione anche agli appalti di servizi e forniture che finora ne erano privi; tale disposizione rimane allo stato priva di efficacia in quanto rinvia all'emanando Regolamento di cui all'art. 5 per la individuazione dei livelli e dei requisiti, nonché per la individuazione dei requisiti di partecipazione e qualificazione dei progettisti.

Il **progetto preliminare** è disciplinato dall'art. 93, 3° comma, del Codice e dagli artt. 18-24 del Regolamento n. 554/99. Esso ha il compito di individuare *"Il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire"* definendo *"le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori"*.

Il suo contenuto minimo, inquadrato dall'art. 18 del D.P.R. n. 554/99, comprende:

- 1) la relazione illustrativa avente ad oggetto la descrizione dei lavori da realizzare, le ragioni della soluzione effettuata fra quelle effettuabili sotto il profilo localizzativi e funzionale in conformità ai vigenti strumenti urbanistici;
- 2) la relazione tecnica;
- 3) uno studio di prefattibilità ambientale avente i contenuti di cui all'art. 20, del D.P.R. n. 554/99;
- 4) le indagini geologiche, idrogeologiche e archeologiche preliminari;
- 5) gli schemi grafici che espongono le caratteristiche spaziali, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori medesimi;
- 6) le prime indicazioni per la stesura dei piani di sicurezza;
- 7) una valutazione indicativa della spesa complessiva;
- 8) un capitolato prestazionale ai sensi dell'art. 24 D.P.R. n. 554/99<sup>68</sup>;

66. In questo senso si veda Cons. St., IV, 27.03.2002, n. 1742; T.A.R. Veneto, I, 28.09.2000, n. 1574.

67. Dispone l'art. 94 del Codice che: *"Il regolamento stabilisce i livelli e i requisiti dei progetti nella materia degli appalti di servizi e forniture, nonché i requisiti di partecipazione e qualificazione dei progettisti, in armonia con le disposizioni del presente codice"*.

68. Nei soli casi in cui il progetto preliminare sia posto a base di gara, ossia nei casi di appalto concorso e concessione di lavori pubblici.

9) un piano economico finanziario di massima.

Tali contenuti devono ritenersi, in linea di massima, tassativi ferma restando la facoltà del Responsabile unico del procedimento di esercitare quel potere di riduzione o integrazione degli elaborati concessogli dall'art. 93 del D.L.vo n. 163/2006.

Fra gli elaborati citati, riveste un ruolo di fondamentale importanza, anche per la configurazione della natura giuridica della progettazione preliminare, la relazione illustrativa che, nelle intenzioni del legislatore, estrinseca anche le ragioni sottese alla scelta della soluzione prospettata fra le eventuali soluzioni possibili, individuando le problematiche di natura ambientale, paesaggistiche ed archeologiche connesse alla realizzazione degli stessi<sup>69</sup>.

Oltre alla relazione descrittiva, il progetto preliminare si caratterizza anche per la presenza di una relazione tecnica concernente lo sviluppo degli studi tecnici di prima approssimazione, con l'indicazione dei requisiti e delle prestazioni dell'intervento<sup>70</sup> e degli schemi grafici<sup>71</sup> per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavo-

69. Ai sensi dell'art. 19 del D.P.R. n. 554/99 la relazione illustrativa del progetto preliminare contiene:

- a) la descrizione dell'intervento da realizzare;
- b) l'illustrazione delle ragioni della soluzione prescelta sotto il profilo localizzativo e funzionale, nonché delle problematiche connesse alla prefattibilità ambientale, alle preesistenze archeologiche e alla situazione complessiva della zona, in relazione alle caratteristiche e alle finalità dell'intervento, anche con riferimento ad altre possibili soluzioni;
- c) l'esposizione della fattibilità dell'intervento, documentata attraverso lo studio di prefattibilità ambientale, dell'esito delle indagini geologiche, geotecniche, idrologiche, idrauliche e sismiche di prima approssimazione delle aree interessate e dell'esito degli accertamenti in ordine agli eventuali vincoli di natura storica, artistica, archeologica, paesaggistica o di qualsiasi altra natura interferenti sulle aree o sugli immobili interessati;
- d) l'accertamento in ordine alla disponibilità delle aree o immobili da utilizzare, alle relative modalità di acquisizione, ai prevedibili oneri e alla situazione dei pubblici servizi;
- e) gli indirizzi per la redazione del progetto definitivo in conformità di quanto disposto dall'art. 15, comma 4, anche in relazione alle esigenze di gestione e manutenzione;
- f) il cronoprogramma delle fasi attuative con l'indicazione dei tempi massimi di svolgimento delle varie attività di progettazione, approvazione, affidamento, esecuzione e collaudo;
- g) le indicazioni necessarie per garantire l'accessibilità, l'utilizzo e la manutenzione delle opere, degli impianti e dei servizi esistenti.

70. Art. 20 del D.P.R. n. 554/99.

71. Si noti la differenza del progetto preliminare – per il quale sono richiesti solamente *schemi grafici* – rispetto agli altri livelli progettuali per i quali, invece, sono richiesti i più approfonditi *elaborati grafici*. In particolare l'art. 22 del D.P.R. 554/1999 dispone che: 1. *“Gli schemi grafici, redatti in scala opportuna e debitamente quotati, con le necessarie differenziazioni in relazione alla dimensione, alla categoria e alla tipologia dell'intervento, e tenendo conto della necessità di includere le misure e gli interventi di cui all'art. 21, comma 1, lettera d) sono costituiti:*

a) per opere e lavori puntuali:

- dallo stralcio dello strumento di pianificazione paesaggistico territoriale e del piano

ri da realizzare<sup>72</sup>. La progettazione preliminare dovrà anche contenere un calcolo sommario della spesa per la realizzazione dell'intervento, che dovrà essere determinata applicando i costi standardizzati definiti dall'*Osservatorio* alle quantità di opere e lavori da realizzare ovvero, in mancanza di tali costi, facendo

#### *Segue nota 71*

urbanistico generale o attuativo, sul quale sono indicate la localizzazione dell'intervento da realizzare e le eventuali altre localizzazioni esaminate;

- dalle planimetrie con le indicazioni delle curve di livello in scala non inferiore a 1:2.000, sulle quali sono riportati separatamente le opere ed i lavori da realizzare e le altre eventuali ipotesi progettuali esaminate;

- dagli schemi grafici e sezioni schematiche nel numero, nell'articolazione e nelle scale necessarie a permettere l'individuazione di massima di tutte le caratteristiche spaziali, tipologiche, funzionali e tecnologiche delle opere e dei lavori da realizzare, integrati da tabelle relative ai parametri da rispettare;

b) per opere e lavori a rete:

- dalla corografia generale contenente l'indicazione dell'andamento planimetrico delle opere e dei lavori da realizzare e gli eventuali altri andamenti esaminati con riferimento all'orografia dell'area, al sistema di trasporti e degli altri servizi esistenti, al reticolo idrografico, all'ubicazione dei servizi esistenti in scala non inferiore a 1:25.000. Se sono necessarie più corografie, va redatto anche un quadro d'insieme in scala non inferiore a 1:100.000;

- dallo stralcio dello strumento di pianificazione paesaggistico territoriale e del piano urbanistico generale o attuativo sul quale è indicato il tracciato delle opere e dei lavori da realizzare e gli eventuali altri tracciati esaminati. Se sono necessari più stralci, deve essere redatto anche un quadro d'insieme in scala non inferiore a 1:25.000;

- dalle planimetrie con le indicazioni delle curve di livello, in scala non inferiore a 1:5.000, sulle quali sono riportati separatamente il tracciato delle opere e dei lavori da realizzare e gli eventuali altri tracciati esaminati. Se sono necessarie più planimetrie, deve essere redatto un quadro d'insieme in scala non inferiore a 1:10.000;

- dai profili longitudinali e trasversali altimetrici delle opere e dei lavori da realizzare in scala non inferiore a 1:5.000/500, sezioni tipo idriche, stradali e simili in scala non inferiore ad 1:100 nonché uguali profili per le eventuali altre ipotesi progettuali esaminate;

- dalle indicazioni di massima, in scala adeguata, di tutti i manufatti speciali che l'intervento richiede;

- dalle tabelle contenenti tutte le quantità caratteristiche delle opere e dei lavori da realizzare.

2. *Sia per le opere ed i lavori puntuali che per le opere ed i lavori a rete, il progetto preliminare specifica gli elaborati e le relative scale da adottare in sede di progetto definitivo ed esecutivo, ferme restando le scale minime previste nei successivi articoli. Le planimetrie e gli schemi grafici riportano le indicazioni preliminari relative al soddisfacimento delle esigenze di cui all'art. 14, comma 7, della legge □*

72. L'originario testo dell'art. 16, 3° comma, della Legge n. 109/1994 prevedeva che gli schemi grafici dovessero contenere *l'individuazione delle caratteristiche speciali dei lavori da realizzare*. La genericità della terminologia utilizzata, in particolare con riferimento al termine "speciali", ha indotto il legislatore, con la Legge n. 415/98, a modificare l'originaria versione con quella attualmente ripresa dall'art. 93 del D.L.von. 163/2006 che prevede le caratteristiche dimensionali, volumetriche e tipologiche.

riferimento ai costi praticati correntemente per opere similari<sup>73</sup>. Si tratta di un elemento della progettazione preliminare di particolare importanza in quanto capace di influenzare anche i successivi livelli di progettazione, i quali non potranno discostarsi – se non marginalmente – dal costo preventivato in questa fase, dovendo limitarsi a specificarne i contenuti.

Il **progetto definitivo** rappresenta, invece, il livello intermedio dell'attività di progettazione ed in quanto tale è più dettagliato rispetto al preliminare. Esso è vincolato dal rispetto delle prescrizioni, dei criteri e dei vincoli presenti nel progetto preliminare e deve contenere tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni ed approvazioni.

Il suo contenuto presenta<sup>74</sup>:

- 1) una relazione descrittiva dei criteri utilizzati per le scelte progettuali, nonché delle caratteristiche dei materiali prescelti e dell'inserimento delle opere sul territorio;
- 2) lo studio di impatto ambientale ove previsto;
- 3) **disegni** generali nelle opportune scale descrittivi delle principali caratteristiche delle opere, delle superfici e dei volumi da realizzare, compresi quelli per l'individuazione del tipo di fondazione;
- 4) gli studi ed indagini preliminari occorrenti con riguardo alla natura ed alle caratteristiche dell'opera<sup>75</sup>;
- 5) i calcoli preliminari delle strutture e degli impianti;
- 6) un disciplinare descrittivo degli elementi prestazionali, tecnici ed economici previsti in progetto;
- 7) un computo metrico estimativo.

È, quindi, all'atto della predisposizione del progetto definitivo che il legislatore impone l'esecuzione delle indagini territoriali necessarie per la realizzazione dell'intervento; la determinazione di un computo metrico estimativo, nonché, qualora si renda necessario, del piano particellare di esproprio. La natura,

73. Dispone l'art. 26 del D.P.R. 554/1999 che: "1. Il calcolo sommario della spesa è effettuato: a) per quanto concerne le opere o i lavori, applicando alle quantità caratteristiche degli stessi, i corrispondenti costi standardizzati determinati dall'Osservatorio dei lavori pubblici. In assenza di costi standardizzati, applicando parametri desunti da interventi similari realizzati, ovvero redigendo un computo metrico-estimativo di massima con prezzi unitari ricavati dai prezziari o dai listini ufficiali vigenti nell'area interessata; b) per quanto concerne le ulteriori somme a disposizione della stazione appaltante, attraverso valutazioni di massima effettuate in sede di accertamenti preliminari a cura del responsabile del procedimento".

74. Art. 93, 4° comma, del D.L.vo n. 163/2006 (ex art. 16, 4° comma, della Legge n. 109/1994) ed artt. 25 – 34 del D.P.R. n. 554/99.

75. Precisa l'art. 93, 4° comma, del Codice che gli studi e le indagini occorrenti, quali quelli di tipo geognostico, idrologico, sismico, agronomico, biologico, chimico, i rilievi e i sondaggi, sono condotti fino ad un livello tale da consentire i calcoli preliminari delle strutture e degli impianti e lo sviluppo del computo metrico estimativo.

per così dire, “concreta” del livello definitivo scaturisce, altresì, dalla circostanza che esso dovrà contenere tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle varie autorizzazioni e permessi al fine della realizzazione dell’intervento<sup>76</sup>.

Per quanto concerne il contenuto specifico, va rilevato che il progetto definitivo comporta la predisposizione di una relazione descrittiva<sup>77</sup> che dovrà fornire i chiarimenti atti a dimostrare l’idoneità funzionale del progetto, il rispetto della qualità e dei costi preventivati nei precedenti livelli progettuali ed in particolare nel progetto preliminare<sup>78</sup>. Più dettagliato, rispetto al preliminare, è poi il contenuto delle relazioni tecniche e degli elaborati richiesti. In particolare, riguardo al primo aspetto, la stesura della progettazione definitiva impone al pro-

76. In proposito si veda l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici che nella Deliberazione n. 34 del 19/02/2003 in ([www.autoritàvigilanzallpp.it](http://www.autoritàvigilanzallpp.it)) ha precisato che: “non è conforme alle disposizioni dell’art.16, comma 4, della legge 11 febbraio 1994, n.109 e s.m., la redazione di un progetto definitivo il cui grado di definizione non sia tale da consentire l’acquisizione di tutte le autorizzazioni o nulla-osta necessari all’esecuzione dell’intervento”.

77. È non più illustrativa come nel caso del progetto preliminare. Ai sensi dell’art. 26 del D.P.R. n. 554/99 la relazione descrittiva:

“a) descrive, con espresso riferimento ai singoli punti della relazione illustrativa del progetto preliminare, i criteri utilizzati per le scelte progettuali, gli aspetti dell’inserimento dell’intervento sul territorio, le caratteristiche prestazionali e descrittive dei materiali prescelti, nonché i criteri di progettazione delle strutture e degli impianti, in particolare per quanto riguarda la sicurezza, la funzionalità e l’economia di gestione;

b) riferisce in merito a tutti gli aspetti riguardanti la topografia, la geologia, l’idrologia, il paesaggio, l’ambiente e gli immobili di interesse storico, artistico ed archeologico che sono stati esaminati e risolti in sede di progettazione attraverso lo studio di fattibilità ambientale, di cui all’art. 29, ove previsto, nonché attraverso i risultati di apposite indagini e studi specialistici;

c) indica le eventuali cave e discariche da utilizzare per la realizzazione dell’intervento con la specificazione dell’avvenuta autorizzazione;

d) indica le soluzioni adottate per il superamento delle barriere architettoniche;

e) riferisce in merito all’idoneità delle reti esterne dei servizi atti a soddisfare le esigenze connesse all’esercizio dell’intervento da realizzare ed in merito alla verifica sulle interferenze delle reti aeree e sotterranee con i nuovi manufatti;

f) contiene le motivazioni che hanno indotto il progettista ad apportare variazioni alle indicazioni contenute nel progetto preliminare;

g) riferisce in merito alle eventuali opere di abbellimento artistico o di valorizzazione architettonica;

h) riferisce in merito al tempo necessario per la redazione del progetto esecutivo eventualmente aggiornando quello indicato nel cronoprogramma del progetto preliminare.

3. Quando il progetto definitivo è posto a base di gara e riguarda interventi complessi di cui all’art. 2, comma 1, lettere h) ed i) la relazione deve essere corredata da quanto previsto all’art. 36, comma 3”.

78. In merito v. Cons. St.,V, 14 febbraio 2003 n. 805 (in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)) secondo cui “ (...) in sede di predisposizione del progetto definitivo non può ritenersi ammissibile un’alternativa progettuale riconducibile a linee guida diverse rispetto a quelle indicate nel progetto preliminare; il progetto definitivo non può trascurare in modo significativo le indicazioni del progetto preliminare, essendo chiamato ad individuare compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti dal medesimo ”.

fessionista incaricato il previo esperimento delle indagini geologica e geotecnica, idraulica ed idrologica<sup>79</sup> con la stesura delle relative relazioni<sup>80</sup>, nonché di qualsiasi altra indagine all'uopo ritenuta necessaria ed opportuna a seconda della complessità dell'intervento da realizzare<sup>81</sup>. Il momento di acquisizione delle predette relazioni, in quanto strumentale al perfezionamento del livello progettuale, dovrà ritenersi perentorio e non potrà essere differito ad un momento successivo dell'attività di progettazione<sup>82</sup>.

Gli elaborati grafici, fermo il collegamento di principio con gli schemi del progetto preliminare, dovranno essere, rispetto a questi ultimi, dettagliati quanto meno ad un livello tale da consentire al progetto definitivo di assolvere le funzioni per le quali è destinato e in particolare:

- 1) ottenere il rilascio delle autorizzazioni e permessi;
- 2) procedere all'espropriazione delle aree;
- 3) consentire la messa in esecuzione dell'intervento attraverso la successiva redazione del progetto esecutivo<sup>83</sup> senza apprezzabili modifiche del costo<sup>84</sup>.

79. Dispone l'art. 27 del D.P.R. n. 554/99 che: "1. La relazione geologica comprende, sulla base di specifiche indagini geologiche, la identificazione delle formazioni presenti nel sito, lo studio dei tipi litologici, della struttura e dei caratteri fisici del sottosuolo, definisce il modello geologico-tecnico del sottosuolo, illustra e caratterizza gli aspetti stratigrafici, strutturali, idrogeologici, geomorfologici, liotecnici e fisici nonché il conseguente livello di pericolosità geologica e il comportamento in assenza ed in presenza delle opere.

2. La relazione geotecnica definisce, alla luce di specifiche indagini geotecniche, il comportamento meccanico del volume del terreno influenzato, direttamente o indirettamente, dalla costruzione del manufatto e che a sua volta influenzerà il comportamento del manufatto stesso. Illustra inoltre i calcoli geotecnici per gli aspetti che si riferiscono al rapporto del manufatto con il terreno.

3. Le relazioni idrologica e idraulica riguardano lo studio delle acque meteoriche, superficiali e sotterranee. Gli studi devono indicare le fonti dalle quali provengono gli elementi elaborati ed i procedimenti usati nella elaborazione per dedurre le grandezze di interesse".

80. Si ricordi che ai sensi dell'art. 91, 3° comma del D.L.vo n. 163/2006 (ex art. 17, comma 14 – *quinquies* della Legge n. 109/1994 e s.m.i.), la relazione geologica, diversamente dall'indagine, non è subappaltabile da parte del progettista incaricato.

81. Art. 28 del D.P.R. n. 554/99.

82. In questi termini sembrerebbe esprimersi l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici che con la Deliberazione n. 284, del 12/11/2003 ha precisato che "L'acquisizione della relazione geologica, obbligatoria per le opere ricadenti in zona sismica, non in sede di progettazione definitiva ed esecutiva ma in sede di deposito dei calcoli statici si pone in contrasto con l'art. 16, commi 4 e 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. e con gli artt. 25 e 27, comma 1, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m., che definiscono in maniera puntuale i contenuti del progetto definitivo ed esecutivo e della relazione geologica".

83. Ai sensi dell'art. 30 del D.P.R. n. 554/99 " 2. Per i lavori e le opere puntuali i grafici sono costituiti, salva diversa indicazione del progetto preliminare ed oltre a quelli già predisposti con il medesimo progetto, da:

a) stralcio dello strumento urbanistico generale o attuativo con l'esatta indicazione dell'area interessata all'intervento;

Segue nota 83

b) planimetria d'insieme in scala non inferiore a 1:500, con le indicazioni delle curve di livello dell'area interessata all'intervento, con equidistanza non superiore a cinquanta centimetri, delle strade, della posizione, sagome e distacchi delle eventuali costruzioni confinanti e delle eventuali alberature esistenti con la specificazione delle varie essenze;

c) planimetria in scala non inferiore a 1:200, in relazione alla dimensione dell'intervento, corredata da due o più sezioni atte ad illustrare tutti i profili significativi dell'intervento, anche in relazione al terreno, alle strade ed agli edifici circostanti, prima e dopo la realizzazione, nella quale risultino precisati la superficie coperta di tutti i corpi di fabbrica. Tutte le quote altimetriche relative sia al piano di campagna originario sia alla sistemazione del terreno dopo la realizzazione dell'intervento, sono riferite ad un caposaldo fisso. La planimetria riporta la sistemazione degli spazi esterni indicando le recinzioni, le essenze arboree da porre a dimora e le eventuali superfici da destinare a parcheggio; è altresì integrata da una tabella riassuntiva di tutti gli elementi geometrici del progetto: superficie dell'area, volume dell'edificio, superficie coperta totale e dei singoli piani e ogni altro utile elemento;

d) le piante dei vari livelli, nella scala prescritta dai regolamenti edilizi o da normative specifiche e comunque non inferiore a 1:100 con l'indicazione delle destinazioni d'uso, delle quote planimetriche e altimetriche e delle strutture portanti. Le quote altimetriche sono riferite al caposaldo di cui alla lettera c) ed in tutte le piante sono indicate le linee di sezione di cui alla lettera e); e) almeno due sezioni, trasversale e longitudinale nella scala prescritta da regolamenti edilizi o da normative specifiche e comunque non inferiore a 1:100, con la misura delle altezze nette dei singoli piani, dello spessore dei solai e della altezza totale dell'edificio. In tali sezioni è altresì indicato l'andamento del terreno prima e dopo la realizzazione dell'intervento, lungo le sezioni stesse, fino al confine ed alle eventuali strade limitrofe. Tutte le quote altimetriche sono riferite allo stesso caposaldo di cui alla lettera c);

f) tutti i prospetti, a semplice contorno, nella scala prescritta da normative specifiche e comunque non inferiore a 1:100 completi di riferimento alle altezze e ai distacchi degli edifici circostanti, alle quote del terreno e alle sue eventuali modifiche. Se l'edificio è adiacente ad altri fabbricati, i disegni dei prospetti comprendono anche quelli schematici delle facciate adiacenti;

g) elaborati grafici nella diversa scala prescritta da normative specifiche e comunque non inferiore a 1:200 atti ad illustrare il progetto strutturale nei suoi aspetti fondamentali, in particolare per quanto riguarda le fondazioni;

h) schemi funzionali e dimensionamento di massima dei singoli impianti, sia interni che esterni;

i) planimetrie e sezioni in scala non inferiore a 1:200, in cui sono riportati i tracciati principali delle reti impiantistiche esterne e la localizzazione delle centrali dei diversi apparati, con l'indicazione del rispetto delle vigenti norme in materia di sicurezza, in modo da poterne determinare il relativo costo;

3. Le prescrizioni di cui al comma 2 si riferiscono agli edifici. Esse valgono per gli altri lavori e opere puntuali per quanto possibile e con gli opportuni adattamenti.

4. Per interventi su opere esistenti, gli elaborati di cui al comma 2, lettere c), d), e) ed f) indicano, con idonea rappresentazione grafica, le parti conservate, quelle da demolire e quelle nuove.

5. Per i lavori e le opere a rete i grafici costituiti, oltre che da quelli già predisposti con il progetto preliminare, anche da:

a) stralcio dello strumento urbanistico generale o attuativo con l'esatta indicazione dei tracciati dell'intervento. Se sono necessari più stralci è redatto anche un quadro d'insieme in scala non inferiore a 1:25.000;

b) planimetria in scala non inferiore a 1:2.000 con le indicazioni delle curve di livello delle aree interessate dall'intervento, con equidistanza non superiore a un metro, dell'assetto definitivo dell'intervento e delle parti complementari. Se sono necessarie più planimetrie è redatto anche un quadro d'insieme in scala non inferiore a 1:5.000;

c) profili longitudinali in scala non inferiore a 1:200 per le altezze e 1:2.000 per le lunghezze e sezioni trasversali;

Fra gli allegati al progetto definitivo dovranno, inoltre, essere presenti lo *studio di impatto ambientale*, nei soli casi in cui esso sia previsto dalla legge, e lo *studio di fattibilità ambientale* che, quale specificazione dello *studio di prefattibilità ambientale*, dovrà indicare le misure atte a conformare la realizzazione dell'intervento alle esigenze ambientali del territorio ove l'opera sarà localizzata ovvero i lavori eseguiti<sup>85</sup>.

Elementi innovativi del progetto definitivo, rispetto a quello preliminare, sono il *computo metrico estimativo*, nonché il *piano particellare di esproprio*. Il primo, pur orientato dal costo preventivato nel progetto preliminare, dal quale non può marcatamente discostarsi<sup>86</sup>, va ben oltre il criterio parametrico, rappresentando una stima dei costi desunta dall'applicazione alle quantità delle lavorazioni dei prezzi unitari desunti dal prezzario della stazione appaltante ovvero dai listini correnti nell'area interessata<sup>87</sup>; i relativi importi confluiranno in un quadro eco-

Segue nota 83

d) piante, sezioni e prospetti in scala non inferiore a 1:100 di tutte le opere d'arte, manufatti e opere speciali comunque riconducibili ad opere puntuali.

6. Per ogni opera e lavoro, indipendentemente dalle tipologie e categorie, gli elaborati grafici del progetto definitivo comprendono le opere ed i lavori necessari per il rispetto delle esigenze di cui all'art. 15, comma 7".

84. In forza di tale principio l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici con Deliberazione n. 115 del 16/06/2004 (in [www.autoritàvigilanzallpp.it](http://www.autoritàvigilanzallpp.it)) ha precisato che: "Il rinvio alla fase della progettazione esecutiva di analisi e verifiche di sicurezza, ai fini dell'adeguamento sismico di un edificio, appare in contrasto con l'art. 25, comma 4, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m. ove è precisato che, nell'ambito del progetto definitivo, gli elaborati grafici e descrittivi nonché i calcoli preliminari di strutture ed impianti sono sviluppati ad un livello di definizione tale che nella successiva progettazione esecutiva non si abbiano apprezzabili differenze tecniche e di costo □"

85. Art. 29, 2° comma, del D.P.R. n. 554/99.

86. Conferma tale principio l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici che, nella Deliberazione n. 181 del 09/05/2001 (in [www.autoritàvigilanzallpp.it](http://www.autoritàvigilanzallpp.it)) ha precisato che: "Il progetto preliminare si sostanzia in un progetto di massima, avente un contenuto minimo essenziale corredato da un calcolo sommario della spesa. Il progetto definitivo propone soluzioni più funzionali ed adeguate rispetto all'opera da realizzare, incontrando tuttavia il limite invalicabile del rispetto dell'idea centrale del progetto preliminare. E' legittimo un provvedimento di approvazione del progetto definitivo di un'opera che comporti un incremento accettabile e compiutamente motivato del costo rispetto al calcolo sommario della spesa allegato al progetto preliminare dell'opera stessa, solo qualora le modifiche del progetto definitivo non stravolgano le previsioni del progetto preliminare, come previsto dall'art.26, co.2, lett. f), del D.P.R. 21 dicembre 1999, n.554 e s.m. □"

87. Art. 34, 1° comma, del D.P.R. n. 554/99. Ai sensi di quanto previsto dal secondo comma della medesima disposizione normativa, per eventuali voci mancanti il relativo prezzo viene determinato: "(...) a) applicando alle quantità di materiali, mano d'opera, noli e trasporti, necessari per la realizzazione delle quantità unitarie di ogni voce, i rispettivi prezzi elementari dedotti da listini ufficiali o dai listini delle locali camere di commercio ovvero, in difetto, dai prezzi correnti di mercato; b) aggiungendo all'importo così determinato una percentuale per le spese relative alla sicurezza; c) aggiungendo ulteriormente una percentuale variabile tra il 13 e il 15%, a seconda della categoria e tipologia dei lavori, per spese generali; d) aggiungendo infine una percentuale del 10 % per utile dell'appaltatore".

nomico redatto ai sensi dell'art. 17 del D.P.R. 554/1999. Da sottolineare che il computo metrico in questione è provvisorio e suscettivo di revisione nel computo metrico del progetto esecutivo previsto dall'art. 35 del D.P.R. n. 554/99.

Il *piano particellare*, invece, attiene alla procedura espropriativa. È noto che l'approvazione del progetto preliminare dovrà consentire l'avvio della procedura espropriativa<sup>88</sup> mentre quella del progetto definitivo equivale alla dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza ai sensi del già citato art. 12 del DPR n. 327/2001.

Il **progetto esecutivo** è l'ultimo livello dell'attività di progettazione; le indicazioni in esso contenute dovranno presentare un grado di dettaglio tale da consentire l'esecuzione dei lavori. Il progetto esecutivo<sup>89</sup> deve essere redatto in conformità al progetto definitivo (ed ovviamente preliminare), nonché alle prescrizioni scaturenti dalla varie autorizzazioni connesse al progetto definitivo (*in primis* il permesso di costruire); esso *"determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare ed il relativo costo e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, qualità dimensione e prezzo"*.

In merito, l'art. 35 del D.P.R. n. 554/99 precisa che: *"Il progetto esecutivo costituisce la ingegnerizzazione di tutte le lavorazioni e, pertanto, definisce compiutamente ed in ogni particolare architettonico, strutturale ed impiantistico l'intervento da realizzare"*<sup>90</sup>. Riguardo tale ultima nozione, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha precisato che assume la caratteristica della ingegnerizzazione il progetto esecutivo che costituisce uno strumento operativo direttamente utilizzabile in cantiere per l'esecuzione dei lavori<sup>91</sup>. È stato, peraltro, precisato, che l'esecutività di un progetto è garantita dalla fattibilità oltre che tecnica, nel senso della calcolata ed analitica previsione progettuale in conformità a tutte le leggi e normative regolanti il settore delle opere pubbliche, anche amministrativa, nel senso di accertata rispondenza della previsione e qualità progettuale alle esigenze degli enti interessati ed in conformità alle previsioni di Piano sia territoriale sia di settore. A garanzia di tale fattibilità il progetto esecutivo dovrà essere corredato di tutti i pareri, nulla osta e autorizzazioni da rilasciare a cura degli

88. Art. 93, 3° comma, del Codice.

89. Ai sensi dell'art. 93, 5° comma, del D.L.vo n. 163/2006.

90. Ai sensi del citato art. 35, il progetto esecutivo è formato dalla seguente documentazione: "a) relazione generale; b) relazioni specialistiche; c) elaborati grafici comprensivi anche di quelli delle strutture, degli impianti e di ripristino e miglioramento ambientale; d) calcoli esecutivi delle strutture e degli impianti; e) piani di manutenzione dell'opera e delle sue parti; f) piani di sicurezza e di coordinamento; g) computo metrico estimativo definitivo e quadro economico; h) cronoprogramma; i) elenco dei prezzi unitari e eventuali analisi; l) quadro dell'incidenza percentuale della quantità di manodopera per le diverse categorie di cui si compone l'opera o il lavoro; m) schema di contratto e capitolato speciale di appalto"

91. Si veda Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione n. 4/2001 del 31.01.2001 in [www.autoritavigilanzallpp.it](http://www.autoritavigilanzallpp.it).

enti fruitori dell'opera o interferenti o controllo<sup>92</sup>. Dalla nozione di *ingegnerizzazione* del progetto esecutivo va distinta, però, quella di *cantierizzazione* dello stesso<sup>93</sup>. Quest'ultima non può consistere nel completamento degli elaborati progettuali ovvero nella copertura di eventuali lacune progettuali in quanto, come più volte sottolineato, nella fase esecutiva il progetto dovrà essere completo in ogni sua parte. Ciò non toglie, però, che il progetto esecutivo debba essere adattato alle esigenze concrete connesse alla realizzazione dei lavori e, pertanto, debba essere integrato con le istruzioni idonee a consentire la materiale realizzazione dell'intervento, precisando i compiti delle varie maestranze.

La *cantierizzazione* potrà, pertanto, essere identificata in quella attività consistente nella "redazione degli eventuali documenti di interfacciata fra il progetto e l'esecuzione, consentendo di coniugare le esigenze progettuali con quelle di realizzazione delle opere, nel rispetto dell'autonomia imprenditoriale dell'esecutore"<sup>94</sup>. Essa si concretizzerà, pertanto, nella predisposizione di piani operativi di cantiere, piani di approvvigionamenti, nonché di calcoli e grafici relativi alle opere provvisorie i quali, ai sensi dell'art. 35, 1° comma, del D.P.R. n. 554/1999, restano esclusi dal novero degli elaborati della progettazione esecutiva ed in quanto tali potranno, evidentemente, essere posti a carico dell'impresa.

I contenuti del progetto esecutivo sono sostanzialmente simili a quelli del progetto definitivo, se non fosse altro per il diverso grado di dettaglio richiesto. Così la *relazione generale* dovrà descrivere *in dettaglio*<sup>95</sup> i criteri utilizzati per le scelte progettuali esecutive, per i particolari costruttivi e, dal punto di vista funzionale, atti a garantire il conseguimento e la verifica dei prescritti livelli qualitativi e di sicurezza. La relazione avrà inoltre ricadute anche sul piano contrattuale definendo (fermo restando quanto detto sopra per la *cantierizzazione* del progetto) il contenuto delle obbligazioni gravanti sull'appaltatore esecutore dei lavori<sup>96</sup>. Alla relazione generale si affiancano le *relazioni specialistiche* nelle quali dovranno essere illustrate *puntualmente* (e non solamente "illustrate", come

92. Così l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici nella Deliberazione n. 62 del 06/03/2002 in [www.autoritàvigilanzallpp.it](http://www.autoritàvigilanzallpp.it).

93. La questione assume particolare importanza sotto il profilo dell'individuazione del soggetto onerato a garantirla; non è raro, difatti, nella pratica riscontrare clausole in capitolati speciali che prevedono a carico dell'impresa esecutrice dei lavori, e non al progettista, l'onere della *cantierizzazione*.

94. In questi termini l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici nella Determinazione n. 4/2001 *cit.*

95. E non solamente "descrivere" come nel caso della relazione del progetto definitivo.

96. L'art. 36, 2° comma, del D.P.R. n. 554/99 dispone a tale riguardo che: "La *relazione generale* contiene l'illustrazione dei criteri seguiti e delle scelte effettuate per trasferire sul piano contrattuale e sul piano costruttivo le soluzioni spaziali, tipologiche, funzionali, architettoniche e tecnologiche previste dal progetto definitivo approvato; la relazione contiene inoltre la descrizione delle indagini, rilievi e ricerche effettuati al fine di ridurre in corso di esecuzione la possibilità di imprevisti □"

previsto per il progetto definitivo) le soluzioni adottate<sup>97</sup>, nonché i calcoli esecutivi delle strutture e degli impianti che dovranno essere effettuati unitamente alla progettazione esecutiva delle opere civili al fine di prevedere esattamente ingombri, passaggi, cavedi, sedi, attraversamenti e simili<sup>98</sup>.

La progettazione esecutiva richiede, inoltre, la predisposizione dell'elenco prezzi unitari e del relativo computo metrico definitivo<sup>99</sup>, dei piani di sicurezza e coordinamento<sup>100</sup> e del piano di manutenzione dell'opera<sup>101</sup>.

97. Per quanto concerne gli elaborati grafici l'art. 38 del D.P.R. n. 554/99 dispone che: *"Gli elaborati grafici esecutivi, eseguiti con i procedimenti più idonei, sono costituiti:*

- a) dagli elaborati che sviluppano nelle scale ammesse o prescritte, tutti gli elaborati grafici del progetto definitivo;
- b) dagli elaborati che risultino necessari all'esecuzione delle opere o dei lavori sulla base degli esiti, degli studi e di indagini eseguite in sede di progettazione esecutiva;
- c) dagli elaborati di tutti i particolari costruttivi;
- d) dagli elaborati atti ad illustrare le modalità esecutive di dettaglio;
- e) dagli elaborati di tutte le lavorazioni che risultano necessarie per il rispetto delle prescrizioni disposte dagli organismi competenti in sede di approvazione dei progetti preliminari, definitivi o di approvazione di specifici aspetti dei progetti;
- f) dagli elaborati di tutti i lavori da eseguire per soddisfare la esigenze di cui all'art. 15, comma 7;
- g) dagli elaborati atti a definire le caratteristiche dimensionali, prestazionali e di assemblaggio dei componenti prefabbricati".

98. Ai sensi dell'art. 39 del D.P.R. n. 554/99 *"I calcoli esecutivi delle strutture consentono la definizione e il dimensionamento delle stesse in ogni loro aspetto generale e particolare, in modo da escludere la necessità di variazioni in corso di esecuzione."*, mentre *"I calcoli esecutivi degli impianti sono eseguiti con riferimento alle condizioni di esercizio, alla destinazione specifica dell'intervento e devono permettere di stabilire e dimensionare tutte le apparecchiature, condutture, canalizzazioni e qualsiasi altro elemento necessario per la funzionalità dell'impianto stesso, nonché consentire di determinarne il prezzo"*.

99. Art. 44 del D.P.R. n. 554/99.

100. Art. 41 del D.P.R. n. 554/99: *"I piani di sicurezza e di coordinamento sono i documenti complementari al progetto esecutivo che prevedono l'organizzazione delle lavorazioni atte a prevenire o ridurre i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori. La loro redazione comporta, con riferimento alle varie tipologie di lavorazioni, individuazione, l'analisi e la valutazione dei rischi intrinseci al particolare procedimento di lavorazione connessi a congestione di aree di lavorazione enti da sovrapposizione di fasi di lavorazioni. I piani sono costituiti da una relazione tecnica contenente le coordinate e la descrizione dell'intervento e delle fasi del procedimento attuativo, la individuazione delle caratteristiche delle attività lavorative con la specificazione di quelle critiche, la stima della durata delle lavorazioni, e da una relazione contenente la individuazione, l'analisi e la valutazione dei rischi in rapporto alla morfologia del sito, alla pianificazione e programmazione delle lavorazioni, alla presenza contemporanea di più soggetti prestatori d'opera, all'utilizzo di sostanze pericolose e ad ogni altro elemento utile a valutare oggettivamente i rischi per i lavoratori. I piani sono integrati da un disciplinare contenente le prescrizioni operative atte a garantire il rispetto delle norme per la prevenzione degli infortuni e per la tutela della salute dei lavoratori e da tutte le informazioni relative alla gestione del cantiere. Tale disciplinare comprende la stima dei costi per dare attuazione alle prescrizioni in esso contenute"*.

101. Art. 40 del D.P.R. n. 554/99.

Tav. 4 - La progettazione nei lavori pubblici

**LA PROGETTAZIONE**

*Deve assicurare:*

- "la qualità dell'opera e la rispondenza alle finalità relative"
- "la conformità alle norme ambientali ed urbanistiche"
- "il soddisfacimento dei requisiti essenziali definiti dal quadro normativo nazionale e comunitario" (art. 93, 1° comma, del D.L.vo n. 163/2006)

| Studio di fattibilità   | Documento preliminare alla progettazione  | Progetto preliminare  | Progetto definitivo   | Progetto esecutivo  |
|---|---|---|---|---|
| <p>Gli studi individuano i lavori strumentali al soddisfacimento dei bisogni dell'amministrazione aggiudicatrice, indicano le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e contengono l'analisi dello stato di fatto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, e nelle sue componenti di sostenibilità ambientale, socio- economiche, amministrative e tecniche. In particolare le amministrazioni aggiudicatrici individuano con priorità i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica (art. 128, comma 2, D.L.vo n. 163/2006)</p> | <p>Il documento preliminare, con approfondimenti tecnici e amministrativi graduati in rapporto all'entità, alla tipologia e categoria dell'intervento da realizzare, riporta fra l'altro l'indicazione: a) della situazione iniziale e della possibilità di far ricorso alle tecniche di ingegneria naturalistica; b) degli obiettivi generali da perseguire e delle strategie per raggiungerli; c) delle esigenze e bisogni da soddisfare; d) delle regole e norme tecniche da rispettare; e) dei vincoli di legge relativi al contesto in cui l'intervento è previsto; f) delle funzioni che dovrà svolgere l'intervento; g) dei requisiti tecnici che dovrà rispettare; h) degli impatti dell'opera sulle componenti ambientali e nel caso degli organismi edili delle attività ed unità ambientali; i) delle fasi di progettazione da sviluppare e della loro sequenza logica nonché dei relativi tempi di svolgimento; l) dei livelli di progettazione e degli elaborati grafici e descrittivi da redigere; m) dei limiti finanziari da rispettare e della stima dei costi e delle fonti di finanziamento; n) del sistema di realizzazione da impiegare (art. 15, comma 5, DPR n. 554/99).</p> | <p>Definisce le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori, il quadro delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle specifiche prestazioni da fornire (art. 93, comma 3, del D.L.vo n. 163/2006)</p> | <p>Individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti nel progetto preliminare e contiene tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni (art. 93, comma 4, del D.L.vo n. 163/2006)</p> | <p>Redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare ed il relativo costo previsto deve essere sviluppato ad un livello tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo (art. 93, comma 5, del D.L.vo n. 163/2006)</p> |
|   |   |   |   | <p>"Deve assicurare il coordinamento dell'esecuzione dei lavori, tenendo conto del contesto in cui si inseriscono, con particolare attenzione, nel caso di interventi urbani, ai problemi della accessibilità e della manutenzione degli impianti e dei servizi a rete" (art. 93, 8° comma, del D.L.vo n. 163/2006)</p>         |

Fonte: Centro Studi CNI, 2007

## 7.1. I progettisti

L'art. 90, 1° comma del Codice privilegia il principio della progettazione interna rispetto a quella esterna e prevede che le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di lavori, nonché alla direzione dei lavori ed agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del Responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale dei lavori pubblici, possano essere espletate:

- a) dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti;
- b) dagli uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori che i Comuni, i rispettivi consorzi e unioni, le Comunità montane, le aziende unità sanitarie locali, i consorzi, gli enti di industrializzazione e gli enti di bonifica possono costituire con le modalità di cui agli articoli 30, 31 e 32 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267;
- c) dagli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge;
- d) da liberi professionisti singoli od associati nelle forme di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1815, e successive modificazioni, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa;
- e) dalle società di professionisti;
- f) dalle società di ingegneria<sup>102</sup>;
- g) da raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere d), e) e f) ai quali si applicano le disposizioni di cui all'articolo 37 in quanto compatibili<sup>103</sup> ;
- h) da consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che

102. Per quanto concerne le società di ingegneria, ma anche di professionisti ed in merito all'accertamento dei requisiti di qualificazione, l'art. 253, comma 15, del D.L.vo n. 163/2006 dispone che: *"In relazione all'articolo 90, ai fini della partecipazione alla gara per gli affidamenti ivi previsti, le società costituite dopo la data di entrata in vigore della legge 18 novembre 1998, n. 415, per un periodo di tre anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa, e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato e con qualifica di dirigente o con funzioni di collaborazione coordinata e continuativa, qualora costituite nella forma di società di capitali; per le società costituite fino a tre anni prima della data di entrata in vigore della citata legge 18 novembre 1998, n. 415, detta facoltà è esercitabile per un periodo massimo di tre anni da tale data"*.

103. Ai sensi dell'art. 37 del D.L.vo n. 163/2006 si dispone che: *"1. Nel caso di lavori,*

Segue nota 103

per raggruppamento temporaneo di tipo verticale si intende una riunione di concorrenti nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente; per lavori scorporabili si intendono lavori non appartenenti alla categoria prevalente e così definiti nel bando di gara, assumibili da uno dei mandanti; per raggruppamento di tipo orizzontale si intende una riunione di concorrenti finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria. 2. Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di concorrenti in cui il mandatario esegua le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie. 3. Nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari di concorrenti sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento ovvero gli imprenditori consorziati abbiano i requisiti indicati nel regolamento. 4. Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati. 5. L'offerta dei concorrenti raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario. 6. Nel caso di lavori, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale i requisiti di cui all'articolo 40, sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo. I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale. 7. E' fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti. I consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato. 8. E' consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere d) ed e), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti. 9. E' vietata l'associazione in partecipazione. Salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta. 10. L'inosservanza dei divieti di cui al precedente comma comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in associazione o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto. 11. Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi altresì in valore il 15% dell'importo totale dei lavori, esse non possono essere affidate in subappalto e sono eseguite esclusivamente dai soggetti affidatari. In tali casi, i soggetti che non siano in grado di realizzare le predette componenti sono tenuti a costituire, ai sensi del presente articolo, raggruppamenti temporanei di tipo verticale, disciplinate dal regolamento che definisce altresì l'elenco delle opere di cui al presente comma. Per le medesime speciali categorie di lavori, che siano indicate nel bando di gara, il subappalto, ove consentito, non può essere artificialmente suddiviso in più contratti. 12. In caso di procedure ristrette o negoziate, l'operatore economico invitato individualmente ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti. 13. I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento.

abbiano operato nel settore dei servizi di ingegneria e architettura, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, e che abbiano deciso di operare in modo congiunto secondo le previsioni del comma 1 dell'articolo 36<sup>104</sup>. È vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile. Ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse, il fatturato globale in servizi di ingegneria e architettura realizzato da ciascuna società consorziata nel quinquennio o nel decennio precedente e' incrementato secondo quanto stabilito dall'articolo 36, comma 6, della presente legge<sup>105</sup>; ai consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 36, commi 4 e 5 e di cui all'articolo 253, comma 8<sup>106</sup>.

Segue nota 103

14. *Ai fini della costituzione del raggruppamento temporaneo, gli operatori economici devono conferire, con un unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di esse, detto mandatario. 15. Il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata. La relativa procura è conferita al legale rappresentante dell'operatore economico mandatario. Il mandato è gratuito e irrevocabile e la sua revoca per giusta causa non ha effetto nei confronti della stazione appaltante. 16. Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino alla estinzione di ogni rapporto. La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti. 17. Il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali. 18. In caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto. 19. In caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire".*

104. Ai sensi dell'art. 36, 1° è previsto che: "Si intendono per consorzi stabili quelli, in possesso, a norma dell'articolo 35, dei requisiti previsti dall'articolo 40, formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, per un periodo di tempo non inferiore a 5 anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa".

105. Ai sensi dell'art. 36, 6° comma: "Ai fini della partecipazione del consorzio stabile alle gare per l'affidamento di lavori, la somma delle cifre d'affari in lavori realizzate da ciascuna impresa consorziata, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, è incrementata di una percentuale della somma stessa. Tale percentuale è pari al 20% nel primo anno; al 15% nel secondo anno; al 10% nel terzo anno fino al compimento del quinquennio".

106. Ai sensi dell'art. 253, 8° comma, del D.L.vo n. 163/2006: "Limitatamente ai lavori di importo sotto soglia, le disposizioni dell'articolo 32, comma 1, lettera g) e dell'articolo 122, comma 8, non si applicano alle opere di urbanizzazione secondaria da realizzarsi da parte di soggetti privati che, alla data di entrata in vigore del codice, abbiano già assunto nei confronti del Comune l'obbligo di eseguire i lavori medesimi a scapito degli oneri di urbanizzazione".

A sua volta l'art. 90, 6° comma, del D.L.vo n. 163/2006<sup>107</sup> individua i casi, chiaramente tassativi, nei quali è possibile procedere ad affidamento esterno dei relativi incarichi di progettazione ed a tal fine dispone che: *“Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare la redazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, nonché lo svolgimento di attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione, ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) g) e h), in caso di carenza in organico di personale tecnico, ovvero di difficoltà di rispettare i tempi della programmazione dei lavori o di svolgere le funzioni di istituto, ovvero in caso di lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale o in caso di necessità di predisporre progetti integrali, così come definiti dal regolamento, che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze, casi che devono essere accertati e certificati dal responsabile del procedimento”*.

Qualora l'incarico sia affidato a strutture organizzate in forma societaria il Codice conferma il principio, già affermato dalla Legge n. 109/1994, della *personalità della prestazione*; secondo tale principio, quale sia la natura giuridica del soggetto affidatario, l'incarico dovrà essere espletato da professionisti:

- 1) che siano iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali;
- 2) che siano personalmente responsabili;
- 3) che siano nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali<sup>108</sup>.

Il principio della *personalità della prestazione* è fatto salvo anche nel caso in cui l'attività di progettazione sia espletata all'interno della pubblica amministrazione; per i dipendenti pubblici impegnati in tali attività sono però differenti i requisiti soggettivi richiesti. Difatti, l'art. 90, 4° comma, del Codice<sup>109</sup> richiede che il dipendente firmatario del progetto sia *solo* abilitato e non anche iscritto all'albo come invece deve essere il professionista privato. Rispetto alla norma di cui all'art. 17, 2° comma, della Legge n. 109/1994, sul punto modificata dall'art. 6, 2° comma, della Legge n. 415/1998, viene meno la previsione che consentiva ai tecnici diplomati di firmare ugualmente i progetti sopperendo all'assenza

107. Ex art. 17, 4° comma, della Legge n. 109/1994.

108. Precisa, altresì, l'art. 90, 7° comma, del Codice che: *“Deve inoltre essere indicata, sempre nell'offerta, la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche. Il regolamento definisce le modalità per promuovere la presenza anche di giovani professionisti nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione, concorsi di idee. All'atto dell'affidamento dell'incarico deve essere dimostrata la regolarità contributiva del soggetto affidatario”*.

109. Così come l'art. 17, 2° comma, della Legge n. 109/1994.

dell'abilitazione mediante l'esperienza professionale e l'anzianità di servizio<sup>110</sup>. Tuttavia, tale disposizione è fatta salva dalle norme transitorie del Codice; difatti l'art. 253, 16° comma, conferma che: *"I tecnici diplomati che siano in servizio presso l'amministrazione aggiudicatrice alla data di entrata in vigore della legge 18 novembre 1998, n. 415, in assenza dell'abilitazione, possono firmare i progetti, nei limiti previsti dagli ordinamenti professionali, qualora siano in servizio presso l'amministrazione aggiudicatrice ovvero abbiano ricoperto analogo incarico presso un'altra amministrazione aggiudicatrice, da almeno cinque anni e risultino inquadrati in un profilo professionale tecnico e abbiano svolto o collaborato ad attività di progettazione"*.

La norma in questione, dunque, circoscrive la sua efficacia derogatoria dall'obbligo del possesso dell'abilitazione ai dipendenti in possesso di diploma tecnico che risultino essere assunti nella pubblica amministrazione precedentemente all'entrata in vigore della Legge n. 415/98.

La disciplina sul punto è resa ancora più restrittiva, rispetto al previgente regime, considerando quanto disposto dall'art. 91, 8° comma, del Codice secondo il quale: *"È vietato l'affidamento di attività di progettazione, direzione lavori, collaudo, indagine e attività di supporto a mezzo di contratti a tempo determinato o altre procedure diverse da quelle previste dal presente codice"*. La norma, in verità, è diretta a far venir meno la prassi di configurare come mera attività di consulenza l'attività di progettazione, ma certamente impedisce di ricorrere a modalità alternative per utilizzare i dipendenti diplomati tecnici non abilitati (e assunti successivamente all'entrata in vigore della Legge n. 415/98) per l'assolvimento di attività di progettazione.

Altro fondamentale principio che il Codice, pur con alcune contraddizioni, ha fatto salvo in materia di progettazione è quello della separazione fra l'attività di progettazione e quella di esecuzione dei lavori progettati, già introdotto dal legislatore della "Merloni" come elemento di trasparenza e come garanzia della corretta conduzione dei lavori. Il divieto in questione si concretizza nella previsione normativa di cui all'art. 90, 8° comma, del Codice<sup>111</sup> che stabilisce il divieto per i progettisti di partecipare agli appalti ed alle concessioni delle opere progettate ivi compresi subappalti e cottimi, sia direttamente che mediante un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progetta-

110. In particolare disponeva l'art. 17, 2° comma, della Legge n. 109/1994 che: *"...I tecnici diplomati, in assenza dell'abilitazione, possono firmare i progetti, nei limiti previsti dagli ordinamenti professionali, qualora siano in servizio presso l'amministrazione aggiudicatrice, ovvero abbiano ricoperto analogo incarico presso un'altra amministrazione aggiudicatrice, da almeno cinque anni e risultino inquadrati in un profilo professionale tecnico e abbiano svolto o collaborato ad attività di progettazione"*.

111. Ex art. 17, commi 10 e 11, L. n. 109/1994.

zione<sup>112</sup>. In merito alle situazioni di controllo, la cui individuazione rappresenta probabilmente l'aspetto più problematico ancorché relazionato al parametro normativo di cui all'art. 2359 del Codice Civile, la giurisprudenza ha provveduto ad individuare alcune figure sintomatiche circa l'effettiva sussistenza della "influenza dominante" di cui all'ultimo comma dell'articolo citato.

## 7.2. L'affidamento degli incarichi di progettazione ed i concorsi di progettazione e di idee

L'art. 91 del Codice disciplina le procedure di affidamento degli incarichi di progettazione. Rispetto al previgente art. 17 della Legge n. 109/1994, che prevedeva sostanzialmente tre fasce di valore degli incarichi<sup>113</sup>, la norma del Codice ne individua due:

- 1) incarichi d'importo inferiore ai 100.000 euro;
- 2) incarichi d'importo pari o superiore ai 100.000 euro.

Per quanto concerne i primi, occorre rilevare che la norma in parola non risolve certamente i dubbi sollevati dalla previgente disciplina normativa. Difatti, già l'art. 24, 5° comma, della Legge n. 62/2005 era intervenuto a modificare il comma 12 dell'art. 17 della legge n. 109/1994 nel senso che: "Per l'affidamento di incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori il cui importo stimato sia inferiore a 100.000 euro, le stazioni appaltanti, per il tramite del responsabile del procedimento, possono procedere all'affidamento ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) e g)<sup>114</sup>, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza". Tale norma, in ossequio ad una specifica contestazione della Commissione europea, era stata dettata dall'esigenza di abbandonare il carattere fiduciario (e quindi assolutamente discrezionale) dell'affidamento degli incarichi d'importo inferiore alla soglia dei 100.000 euro, introducendo l'obbligo del rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza. Tuttavia, la limitazione della discrezionalità del-

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

113. Rispettivamente al di sotto dei 100.000 euro, fra 100.000 euro e fino alla soglia comunitaria (211.000 euro), e d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

114. Si tratta dei soggetti legittimati ad espletare incarichi di progettazione esterna.

la pubblica amministrazione difettava di concretezza<sup>115</sup>; mancava infatti l'individuazione dei contenuti "minimi" che la procedura di affidamento degli incarichi "sotto soglia" doveva possedere per rispettare i principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Tale questione è stata lasciata insoluta dall'art. 91 del Codice che ha richiamato, nuovamente senza specificarne il contenuto, i principi di cui alla Legge n. 62/2005. Tuttavia, con il nuovo Codice viene meno l'affidamento "fiduciario" degli incarichi in quanto il 2° comma dell'articolo citato<sup>116</sup> prevede espressamente che il Responsabile del procedimento proceda ad invitare alla procedura almeno cinque concorrenti<sup>117</sup> ed ad aggiudicare la gara nel rispetto della procedura prevista dall'art. 57, comma 6 del Codice<sup>118</sup>. Come già detto, però, l'efficacia dell'art. 57 del Codice è stata sospesa fino al **1 agosto 2007**, cosicché, fino a tale data, l'affidamento degli incarichi di progettazione sotto la soglia dei 100.000 euro potrà essere effettuato senza alcuna precisa traduzione operativa vincolante dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Per quanto concerne, invece, gli incarichi di importo pari o superiore ai 100.000 euro, l'art. 91, 1° comma, del Codice ne prevede rispettivamente l'applicazione:

- 1) per i contratti d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria (211.000 euro) le regole di cui alla Parte II, Titolo I del Codice relativa ai contratti aventi rilevanza comunitaria;
- 2) per i contratti d'importo inferiore alla soglia comunitaria, ma comunque pari o superiore ai 100.000 euro le regole di cui alla Parte II, Titolo

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

116. L'art. 91, 2° comma, del D.L.vo n. 163/2006 dispone che: *"Gli incarichi di progettazione di importo inferiore alla soglia di cui al comma 1 possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f), g) e h) dell'articolo 90, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei"*.

117. Nella procedura negoziata sono tre.

118. L'art. 57 del D.L.vo n. 163/2006 regola la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara. Il suo 6° comma dispone che: *"Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando"*.

II (artt. 121-125) relativa ai contratti sotto soglia comunitaria<sup>119</sup>. Da notare, riguardo quest'ultima tipologia di incarichi, che fra le norme del Titolo II rientrano anche quelle afferenti agli acquisti in economia (art. 125) che prevedono una procedura particolarmente semplificata.

Un palese difetto di raccordo con le nuove regole è presente nella previsione normativa di cui all'art. 91, 6° comma del Codice, secondo cui è possibile procedere *all'affidamento diretto* della direzione lavori, qualora dell'affidamento di tale incarico si dia indicazione nel bando di gara, anche nel caso in cui il relativo importo, ove cumulato con quello della progettazione, superi la soglia comunitaria dei 211.000 euro<sup>120</sup>.

La norma in questione, pur in presenza di un doppio incarico (progettazione e direzione lavori) e di un doppio importo da corrispondere che, complessivamente considerato, comporta il superamento della soglia di valore per l'applicazione delle regole comunitarie, consente di determinare il valore dell'incarico considerando esclusivamente quello di progettazione e di affidare direttamente l'incarico di direzione lavori in favore del progettista, eludendo di fatto le disposizioni comunitarie<sup>121</sup>. Pur considerando le strette connessioni esistenti fra progettazione e direzione lavori, la norma non trova alcun supporto giustificativo, anzi si palesa in evidente contrasto con le regole comunitarie.

Le progettazioni definitiva ed esecutiva sono di norma affidate al medesimo soggetto, pubblico o privato, a meno che non ostino in tal senso particolari ragioni rimesse all'accertamento del Responsabile del procedimento. Nel caso

119. L'art. 91, 1° comma, del Codice dispone che: *“Per l'affidamento di incarichi di progettazione di cui all'articolo 90 di importo pari o superiore a 100.000 euro si applicano le disposizioni di cui alla parte II, titolo I e titolo II del codice, ovvero, per i soggetti operanti nei settori di cui alla parte III, le disposizioni ivi previste”*. Per la disciplina dei contratti sotto soglia si veda *infra*.

120. In particolare l'art. 91, 6° comma, del D.L.vo n. 163/2006 dispone che: *“Nel caso in cui il valore delle attività di progettazione e direzione lavori superi complessivamente la soglia di applicazione della direttiva comunitaria in materia, l'affidamento diretto della direzione dei lavori al progettista è consentito soltanto ove espressamente previsto dal bando di gara della progettazione”*. La norma ripropone la formulazione dell'art. 17, comma 14 della Legge n. 109/1994 secondo il quale: *“Nel caso in cui il valore delle attività di progettazione e direzione lavori superi complessivamente la soglia di applicazione della direttiva comunitaria in materia, l'affidamento diretto della direzione dei lavori al progettista è consentito soltanto ove espressamente previsto dal bando di gara della progettazione”*.

121. Si pensi ad un incarico multiplo (progettazione e direzione lavori) di importo pari a 230.000 euro (quindi superiore alla soglia comunitaria) di cui 200.000 euro per progettazione e 30.000 euro per direzione lavori che prevede l'applicazione delle regole di cui all'art. 91, 1° comma, prima parte del Codice. Ove, come consentito dal 6° comma dell'art. 91, la direzione lavori (30.000 euro) sia affidata direttamente verrebbe a legittimarsi anche l'affidamento diretto della progettazione che isolatamente considerata non supera la soglia europea. In sostanza, una vero e proprio escamotage per eludere artificiosamente le regole europee dell'evidenza pubblica.

di affidamento a soggetti diversi della progettazione definitiva ed esecutiva, occorre che il nuovo progettista accetti esplicitamente l'attività progettuale precedentemente svolta.

L'affidamento, in genere, però comprende entrambi i livelli di progettazione, fermo restando che l'avvio di quello esecutivo resta sospensivamente condizionato alla determinazione delle stazioni appaltanti sulla progettazione definitiva<sup>122</sup>.

Infine, restano fermi i divieti di subappaltabilità della predisposizione delle relazioni geologiche<sup>123</sup>. Dagli **incarichi di progettazione**, diretti alla selezione del *progettista*, vanno distinti i **concorsi di progettazione**, diretti alla selezione di un *progetto*. La Direttiva 18/2004 presenta pochi spunti relativi all'attività di progettazione, mentre disciplina specificatamente - con poche rilevanti differenziazioni rispetto alla Direttiva n. 92/50 Ce - i concorsi di progettazione nel Titolo IV (artt. 66-74); tali norme sono state recepite integralmente dal Codice agli artt. 99-110.

Ai sensi dell'art. 3 comma 41 del D.L.vo n. 163/2006<sup>124</sup> il concorso di progettazione comprende “.. le procedure intese a fornire alla stazione appaltante, soprattutto nel settore della pianificazione territoriale, dell'urbanistica, dell'architettura, dell'ingegneria o dell'elaborazione di dati, un piano o un progetto, selezionato da una commissione giudicatrice in base ad una gara, con o senza assegnazione di premi”.

Le regole previste dalla Sezione III del Codice si applicano rispettivamente<sup>125</sup>:

- a) alle amministrazioni aggiudicatrici designate nell'allegato IV come Autorità governative centrali, a partire da una soglia pari o superiore a 137.000 euro;
- b) alle stazioni appaltanti non designate nell'allegato IV, a partire da una soglia pari o superiore a 211.000 euro;
- c) a tutte le stazioni appaltanti, a partire da una soglia pari o superiore a 211.000 euro quando i concorsi di progettazione hanno per oggetto servizi della categoria 8 dell'allegato II A<sup>126</sup>, servizi di telecomunicazioni della categoria 5, le cui voci nel CPV corrispondono ai numeri di riferimento 7524, 7525 e 7526 della CPC, o servizi elencati nell'allegato II B.

122. Art. 91, 4° comma, del D.L.vo n. 163/2006.

123. Dispone l'art. 91, 3° comma, del Codice che: “In tutti gli affidamenti di cui al presente articolo l'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per le attività relative alle indagini geologiche, geotecniche e sismiche, a sondaggi, a rilievi, a misurazioni e picchettazioni, alla predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con l'esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali. Resta comunque impregiudicata la responsabilità del progettista”.

124. Che riprende la definizione dell'art. 1, par. 11, lett. e) della Direttiva 18/2004.

125. Art. 99, 1° comma, del Codice.

126. Servizi di ricerca e sviluppo.

Per quanto riguarda, invece, i concorsi d'importo inferiore alla soglia comunitaria, essi dovranno essere aggiudicati nel rispetto dei principi del Trattato in tema di trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità<sup>127</sup>. Per quanto concerne, invece, l'ambito oggettivo di operatività delle norme del Codice in materia di concorsi di progettazione, esse si applicano:

- a) ai concorsi di progettazione indetti nel contesto di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi; in questo caso la soglia di valore è determinata dal valore stimato al netto dell'IVA dell'appalto pubblico di servizi, compresi gli eventuali premi di partecipazione e/o versamenti ai partecipanti<sup>128</sup>;
- b) ai concorsi di progettazione che prevedono premi di partecipazione o versamenti a favore dei partecipanti; in questo caso la soglia di valore è il valore complessivo dei premi e pagamenti compreso il valore stimato al netto dell'IVA dell'appalto pubblico di servizi che potrebbe essere successivamente aggiudicato ai sensi dell'art. 31, par. 3, qualora l'amministrazione aggiudicatrice non escluda tale aggiudicazione nel bando di concorso<sup>129</sup>.

Restano, invece, esclusi dall'ambito oggettivo di operatività delle predette norme rispettivamente<sup>130</sup>:

- a) i concorsi di progettazione indetti nelle circostanze previste dagli articoli 17 (contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza), 18 (appalti aggiudicati in base a norme internazionali), 22 (contratti esclusi nel settore delle telecomunicazioni);
- b) i concorsi indetti per esercitare un'attività in merito alla quale l'applicabilità dell'articolo 219, comma 1, sia stata stabilita da una decisione della Commissione<sup>131</sup>, o il suddetto comma sia considerato applicabile, conformemente ai commi 9 e 10 di tale articolo<sup>132</sup>;

127. Art. 110 del D.L.vo n. 163/2006.

128. Art. 99, 2° comma, lett. a del D.L.vo n. 163/2006.

129. Art. 99, 2° comma, lett. b del D.L.vo n. 163/2006.

130. Art. 100 del D.L.vo n. 163/2006.

131. Dispone l'art. 219, 1° comma, che: *Gli appalti destinati a permettere la prestazione di un'attività di cui agli articoli da 208 a 213 non sono soggetti al presente codice se, nello Stato membro in cui è esercitata l'attività, l'attività è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili.*

132. Dispongono i commi 9 e 10 dell'art. 291 del D.L.vo n. 163/2006 che: *Il Ministro delle politiche comunitarie informa la Commissione, tenendo conto dei commi 2 e 3, di tutti i fatti rilevanti e in particolare di ogni legge, regolamento o disposizione amministrativa o accordo che riguardi la conformità con le condizioni di cui al comma 1, ove necessario unitamente alla posizione assunta da una amministrazione nazionale indipendente competente nell'attività di cui trattasi.* .10. *“Se, scaduto il termine di cui al comma 6 della direttiva 31 marzo 2004 n. 17, la Commissione non ha adottato la decisione sull'applicabilità del comma 1 ad una determinata attività, il comma 1 è ritenuto applicabile”.*

- c) i concorsi di progettazione di servizi di cui alla parte III, capo IV, indetti dalle stazioni appaltanti che esercitano una o più delle attività di cui agli articoli da 208 a 213 e che sono destinati all'esercizio di tale attività<sup>133</sup>.

Le amministrazioni che intendono indire un concorso di progettazione dovranno rendere nota tale intenzione mediante la pubblicazione di un bando nel rispetto delle modalità di cui agli artt. 102 e contenente le informazioni di cui agli artt. 103 e 104 del Codice<sup>134</sup>. Esse sono altresì tenute a dare avviso dei relativi risultati della procedura, fatta eccezione per quelle informazioni la cui divulgazione ostacoli l'applicazione della legge; sia contraria all'interesse pubblico; pregiudichi i legittimi interessi commerciali di imprese pubbliche o private, oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra i prestatori di servizi.

I bandi e gli avvisi afferenti i concorsi di progettazione dovranno presentare i requisiti di cui all'allegato IX D e conformarsi ai modelli adottati dalla Commissione europea. La stazione appaltante dovrà procedere alla loro pubblicazione in ossequio ai precetti di cui all'art. 66, 2° comma, e seguenti del Codice.

L'oggetto del concorso di progettazione dovrà essere l'acquisizione di un progetto da parte dell'amministrazione committente; limitatamente alla materia dei lavori pubblici, tale progetto dovrà avere un livello di approfondimento *preliminare*<sup>135</sup>, mentre, qualora fosse stato adottato, quale sistema di esecuzione, quello della concessione di lavori, l'elaborato progettuale dovrà essere integrato da uno studio circa la fattibilità economica della realizzazione e gestione dell'intervento<sup>136</sup>.

Per quanto concerne, infine, la Commissione giudicatrice, l'art. 106 del Codice richiama, in quanto compatibili, le regole di cui all'art. 84, precisando altresì che *"Se ai partecipanti a un concorso di progettazione è richiesta una particolare qualifica professionale, almeno un terzo dei membri della commissione deve possedere la stessa qualifica o una qualifica equivalente"*. I principi generali che ne informano l'azione sono quelli dell'autonomia di giudizio, della tutela dell'anonimato dei concorrenti e della predeterminazione dei requisiti di qualificazione e dei parametri di valutazione<sup>137</sup>, tutti evidentemente strumentali a garantire l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa.

133. Ossia i settori speciali.

134. Che riprende gli artt. 36, paragrafi da 2 ad 8, e l'art. 70 della Direttiva 18/2004. L'art. 70, par. 1, della Direttiva 18/2004 prevede che: *"I bandi e gli avvisi di cui all'art. 69 contengono le informazioni indicate nell'allegato VII D, in base ai modelli di formulari adottati dalla Commissione conformemente alla procedura di cui all'art. 77, par. 2"*.

135. Ad eccezione di quanto previsto dall'art. 109 del Codice su cui *infra*.

136. Art. 99, 3° comma, del Codice.

137. Art. 107, 1° comma, del Codice.

Da accogliere con favore la novità introdotta dal 3° comma, dell'art. 107 del Codice il quale disciplina il *dialogo tecnico* fra concorrenti e commissione giudicatrice, diretto a consentire il chiarimento degli aspetti "controversi" delle soluzioni progettuali proposte. Il dialogo, che dovrà essere successivo alla prima valutazione delle proposte, non dovrà vertere sull'aspetto economico, ma esclusivamente su quello tecnico della proposta e potrebbe dimostrarsi indispensabile ai fini dell'obiettività della valutazione della Commissione<sup>138</sup>.

Al vincitore del concorso di progettazione potrà essere affidata anche la redazione dei successivi livelli progettuali, ma previo esperimento di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando, purché tale facoltà ed i relativi importi siano espressamente previsti nel bando di indizione del concorso<sup>139</sup>.

La nuova disciplina del concorso di progettazione deve, però, essere integrata alla luce dell'art. 253, 3° comma del Codice secondo il quale: "*Per i lavori pubblici, fino all'entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 5, continuano ad applicarsi il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554.....*". In sostanza, relativamente alla sola materia dei lavori pubblici, le norme del D.P.R. n. 554/1999 troveranno applicazione anche ai concorsi di progettazione banditi successivamente al 1° luglio 2006 (data di entrata in vigore del Codice) e fino a quando non entri in vigore il Regolamento generale di cui all'art. 5<sup>140</sup>.

Le norme del D.P.R. n. 554/99 – che disciplinano il concorso di progettazione e di idee – dovranno ritenersi pienamente efficaci a prescindere dal recepimento fattone dalle norme del Codice e sempre che siano con queste ultime compatibili **ovviamente fino a quando non venga approvato il nuovo regolamento generale che eventualmente le abroghi**.

L'importanza della reviviscenza del D.P.R. n. 554/99 si riscontra, in particolare, in tutti quei casi in cui la novella codicistica lasci scoperti i profili disciplinari della materia trattata, come avviene anche per il concorso di progettazione relativamente al pagamento del "premio" in favore del vincitore. Dispone l'art. 99, 4° comma del Codice che: "*L'ammontare del premio da assegnare al vincitore e delle somme da assegnare agli altri progetti ritenuti meritevoli, a titolo di rimborso spese, sono stabiliti dal regolamento.*".

138. Ai sensi dell'art. 107 del D.L.vo n. 163/2006, i contenuti del dialogo tecnico dovranno essere verbalizzati.

139. Art. 99, 5° comma del Codice secondo cui: "*Al vincitore del concorso, se in possesso dei requisiti previsti dal bando, possono essere affidati con procedura negoziata senza bando i successivi livelli di progettazione. Tale possibilità e il relativo corrispettivo devono essere stabiliti nel bando.*".

140. Questo proprio sulla scorta della normativa transitoria citata che "rimanda" la definitiva abrogazione dell'art. 59 del regolamento generale approvato con DPR n. 554/99, già prevista dall'art. 256 del Codice, all'entrata in vigore del nuovo Regolamento generale.

È chiaro che, la mancata individuazione dei criteri per la determinazione del premio causerebbe la sostanziale inoperatività dei concorsi di progettazione; l'applicazione del DPR n. 554/99 risolve a monte la questione disponendo all'art. 59, 4° comma che l'ammontare del premio sarà pari al 60% dell'importo presunto dei servizi necessari per la redazione del progetto preliminare calcolato sulla base delle vigenti tariffe professionali mentre una ulteriore somma, compresa fra il 40% ed il 70% è stanziata per i concorrenti ritenuti meritevoli, a titolo di rimborso spese per la redazione del progetto preliminare.

Per quanto concerne il profilo procedurale l'art. 109 del Codice, riprendendo la previsione di cui all'art. 59, 6° e 7° comma, del D.P.R. n. 554/99, prevede due speciali tipologie di concorsi di progettazione, entrambi articolari in due fasi.

Per quanto attiene alla prima tipologia, ai sensi dell'art. 59, 6° comma D.P.R. n. 554/99 (art. 109, 1° comma del Codice) è previsto che: *“In caso di intervento di particolare rilevanza e complessità può procedersi ad esperimento di un concorso articolato in due gradi, dei quali, il secondo, che ha ad oggetto la presentazione del progetto preliminare, si svolge tra i soggetti individuati attraverso la valutazione di proposte di idee presentate al concorso di primo grado e selezionate senza formazione di graduatorie di merito né assegnazione di premi. Al vincitore, se in possesso dei requisiti richiesti dal bando, è affidato l'incarico della progettazione definitiva ed esecutiva a condizione che tale possibilità ed il relativo importo dell'incarico siano previsti nel bando di gara”*.

Per quanto concerne la seconda tipologia, ai sensi dell'art. 59, 7° comma, D.P.R. n. 554/99 (art. 109, 2° comma del Codice) è disposto che: *“Le stazioni appaltanti, dandone adeguata motivazione, possono altresì procedere, all'esperimento di un concorso in due gradi, il primo avente ad oggetto la presentazione di un progetto preliminare, e il secondo avente ad oggetto la presentazione di un progetto definitivo. Restano ferme le altre disposizioni del comma 6”*.

Orbene, rispetto a tale ultima formulazione della norma, l'art. 109, 2° comma, del Codice elide il riferimento alla norme di cui al *“comma 6”* contenute dall'art. 59 del DPR n. 554/99.

Tale mancato riferimento si riverbera sulla disciplina sostanziale di tale tipologia di concorso di progettazione, in quanto il 6° comma citato consentiva di affidare al tecnico incaricato della progettazione preliminare anche la redazione della progettazione definitiva ed esecutiva<sup>141</sup>; le modifiche apportate inducono a ritenere che nel caso di concorso di progettazione di cui all'art. 109, 2° comma, del Codice (ex art. 59, 7° comma, del Regolamento generale) al vincitore non possa essere affidata contestualmente, ancorché sia prevista dal bando di gara, la redazione della progettazione definitiva ed esecutiva. Tuttavia, sarà pos-

141. Facoltà, peraltro, prevista anche dal 1° comma, dell'art. 109 del Codice.

sibile l'affidamento diretto dell'incarico di predisposizione del *solo progetto definitivo* al concorrente che abbia presentato il miglior progetto preliminare, purché tale facoltà sia prevista dal bando di gara<sup>142</sup>.

Il **concorso di idee**, generalmente configurato sotto il profilo giuridico come una *“offerta al pubblico in cui un'amministrazione si impegna a retribuire (premio) un progetto scelto dopo una procedura concorsuale”*, è diretto ad ottenere una *“proposta ideativa”* che **relativamente ai soli lavori pubblici** dovrà rappresentare uno stadio dell'elaborazione progettuale prodromico al livello progettuale preliminare. Difatti, l'art. 108, 3° comma del Codice prevede che nel bando per un concorso di idee non potranno essere richiesti elaborati di livello *“pari o superiore”* a quelli richiesti per il progetto preliminare. A questa tipologia concorsuale potranno concorrere oltre a tutti i soggetti che, secondo la legge, possono partecipare all'affidamento di incarichi di progettazione anche i dipendenti della pubblica amministrazione che siano abilitati ed iscritti all'ordine professionale di appartenenza, fatta eccezione per quelli dell'amministrazioni aggiudicatrice. Ai sensi del 6° comma dell'art. 108 del Codice *“La stazione appaltante può affidare al vincitore del concorso di idee la realizzazione dei successivi livelli di progettazione, con procedura negoziata senza bando, a condizione che detta facoltà sia stata esplicitata nel bando, e che il soggetto sia in possesso dei requisiti di capacità tecnico professionale ed economica previsti nel bando in rapporto ai livelli progettuali da sviluppare”*.

### 7.3. I compensi professionali

Altra questione rilevante, trattata solo marginalmente dalla Direttiva 18/2004, è quella relativa alla legittimità delle tariffe ed in particolare all'obbligatorietà dei relativi minimi. In particolare, il considerando (47) della Direttiva dispone testualmente che negli appalti pubblici di servizi, i criteri di aggiudicazione *“...non devono influire sull'applicazione delle disposizioni nazionali relative alla remunerazione di taluni servizi, quali ad esempio le prestazioni degli architetti, degli ingegneri e degli avvocati...”*.

Tale considerando trova, poi, una specificazione nell'art. 53, par. 1, della Direttiva 18/2004 relativa ai criteri di aggiudicazione dell'appalto secondo cui, nell'aggiudicare la gara, l'amministrazione dovrà fare salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici.

142. In questo senso l'art. 109, 2° comma, del Codice dispone che: *“l bando può altresì prevedere l'affidamento diretto dell'incarico relativo alla progettazione definitiva al soggetto che abbia presentato il migliore progetto preliminare”*.

In sintesi, si tratta del riconoscimento della legittimità della determinazione tariffaria delle prestazioni dei professionisti - ivi compresa la fissazione dei relativi "minimi" - ove queste ultime siano state normativamente predeterminate dal legislatore nazionale.

È forse utile ripercorrere brevemente le tappe del lungo percorso che ha portato all'attuale sistema regolamentare dei corrispettivi in materia di progettazione ed attività tecniche nel settore dei lavori pubblici.

Con la *Legge 2 marzo 1949, n. 143*, entra a regime la disciplina sul compenso professionale di ingegneri ed architetti nell'Italia repubblicana. La disposizione in questione prevede (articolo unico) la sostituzione della tariffa previgente con un articolato corpo normativo allegato all'articolo citato e nel quale vengono distinti gli onorari (regolati dagli artt. 2-5) dalle spese (regolate dall' art. 6) - la cui tipologia è dettagliatamente definita - che "...salvo contrarie pattuizioni, il committente deve rimborsare al professionista ...".

La successiva *Legge 4 marzo 1958, n. 143*, introduce un procedimento di formazione della tabella da cui desumere gli onorari e le indennità, nonché i criteri per il rimborso delle spese degli ingegneri e degli architetti<sup>143</sup>.

La *Legge 5 maggio 1976, n. 340* aggiunse il secondo comma all'articolo unico testé citato, prevedendo l'inderogabilità dei "minimi di tariffa" per gli onorari a vacanza, a percentuale ed a quantità, mentre l'inderogabilità non fu estesa agli onorari a discrezione di cui all'art. 5 del testo unico 2 marzo 1949, n. 143<sup>144</sup>.

L'art. 6 della *Legge 1 luglio 1977, n. 404*, che seppur inserito in una legge concernente l'edilizia carceraria è stato inteso dalla giurisprudenza come disposizione ad efficacia generale (Cass. II, 8 ottobre 2004, n. 20039), ha interpretato autenticamente la *Legge 5 maggio 1976, n. 340*, restringendo (per motivi di contenimento della spesa pubblica) "ai rapporti tra privati" la prevista inderogabilità delle determinazioni tariffarie ponendo in essere una dicotomia nel sistema tariffario fra:

- 1) le prestazioni professionali erogate da ingegneri e architetti in favore di soggetti privati; in questo caso i relativi compensi dovevano ritenersi *inderogabili* fatti salvi alcuni casi peculiari;

143. Disponeva l'art. unico della legge citata che: "*Le tariffe degli onorari e delle indennità ed i criteri per il rimborso delle spese agli ingegneri ed agli architetti sono stabilite mediante decreto del Ministro per la grazia e giustizia, di concerto con il Ministro per i lavori pubblici, su proposta dei Consigli nazionali riuniti degli ingegneri e degli architetti, sentite, da parte dei Consigli stessi, le organizzazioni sindacali a carattere nazionale delle due categorie*".

144. L'articolo unico della Legge in questione, che ha introdotto il secondo comma dell'articolo unico della Legge n. 143/1958 dispone che: "*I minimi di tariffa per gli onorari a vacanza, a percentuale ed a quantità, fissati dalla legge 2 marzo 1949, n. 143, o stabiliti secondo il disposto della presente legge, sono inderogabili. L'inderogabilità non si applica agli onorari a discrezione per le prestazioni di cui all' art. 5 del testo unico approvato con la citata legge 2 marzo 1949, n. 143*".

2) le prestazioni erogate da ingegneri ed architetti in favore della pubblica amministrazione; in questo caso i compensi previsti dalle tabelle dovevano ritenersi *derogabili*<sup>145</sup>.

E, proprio riguardo ai rapporti fra professionista e pubblica amministrazione che è successivamente intervenuto l'art. 4, comma 12 *bis* del D.L. 4 marzo 1989, n. 65, convertito in legge 26 aprile 1989, n. 155, che autorizzava, nell'ambito dei rapporti dei professionisti in questione a favore dello Stato e degli enti pubblici, e comunque per le opere finanziate dall'erario, la riduzione degli importi tariffari nei limiti massimi del 20%. Chiaramente tale disposizione normativa rafforzava la differenziazione introdotta dalla legge n. 404/1977 fra il regime tariffario afferente i soggetti privati e quello relativo ai rapporti fra questi e la pubblica amministrazione<sup>146</sup>.

L'art. 17, comma 12-*ter* della Legge n. 109/1994 e successive modifiche demandava al Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, la determinazione delle tabelle dei corrispettivi per le attività di progettazione e direzione lavori, e prevedeva che tali compensi andassero considerati "*minimi inderogabili*", richiamando l'ultimo comma dell'articolo unico della citata Legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dalla Legge 5 maggio 1976, n. 340, e sancendo la *nullità dei patti contrari*<sup>147</sup> alla disposizione. Le tariffe relative alle prestazioni professionali previste dal citato art. 17 della Legge n. 109/1994 sono state dettate dal D.M. del 4 aprile 2001.

Il nuovo *Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture* (D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163) conferma l'impostazione della Legge 109/1994 in materia.

Difatti, l'art. 92, 2° comma del D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163 demanda al Ministro della Giustizia, di concerto con quello delle Infrastrutture e dei trasporti la determinazione delle tabelle dei corrispettivi per la remunerazione delle prestazioni delle attività di cui al comma 1 dell'art. 90, precisando esplicitamente che: "*I corrispettivi sono minimi inderogabili ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340. Ogni patto contrario è nullo*".

145. In questo senso *ex multis*: Cass. 26.1.2000, n. 863; Cass. 19.7.2001, n. 9806.

146. Cass. civ., sez. II, 19/07/2001, n. 9806: "*Correttamente la Corte di merito afferma che nessun rilievo ha la circostanza che il corrispettivo pattuito per le prestazioni del professionista risulti nel caso concreto inferiore ai minimi tariffari di categoria, perché l'inderogabilità di tali minimi è stata circoscritta ai soli incarichi professionali tra privati in forza dell'art. 6 della legge 1.7.1977 n. 404, e non vale pertanto per gli incarichi conferiti da enti pubblici (in senso conforme, Cass. 30.8.1995 n. 9155; Cass. 15.12.1987 n. 9291)*", in *Mass. Giur. It.*, 2001.

147. Di qui quanto detto sopra circa l'incoerenza dell'orientamento della Corte di Cassazione rispetto alla normativa quadro in materia di lavori pubblici nella parte in cui non ritiene applicabile la sanzione della nullità dei patti in deroga ai minimi tariffari.

Il successivo 4° comma dell'articolo summenzionato precisa che *“i corrispettivi determinati... fatto salvo quanto previsto dal comma 12-bis dell'articolo 4 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155, sono minimi inderogabili ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340. Ogni patto contrario è nullo”*(art. 92, comma 4, D.L.vo 163/2006).

*Medio tempore*, ossia fino all'approvazione del citato D.M., l'art. 253, comma 17 del D.L.vo 163/2006 prevede che continui ad applicarsi quanto previsto dal D.M. del 4.4.2001 pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 96, del 26.04.2001. L'efficacia di tale decreto ministeriale, con riferimento al particolare profilo problematico della sua legificazione ad opera della Legge n. 166/2002, è stata definitivamente confermata dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza n. 352 del 30.10.2006 nella quale è statuito che: *“ il legislatore è sempre libero di disciplinare con propri atti settori rispetto ai quali, in considerazione della riserva di legge (relativa) stabilita dall'art. 97 Cost, ritiene sulla base di proprio apprezzamento discrezionale, che vi sia un'insufficiente copertura legale e precisando che alla legificazione non è di ostacolo il fatto che siano stati emanati in materia provvedimenti di sospensiva da parte del Giudice Amministrativo”*.

Alla luce di questo articolato *excursus* normativo, si può affermare che il nostro paese abbia già sperimentato, in passato, una effettiva liberalizzazione dei compensi relativi alle prestazioni di ingegneri e architetti nel settore dei lavori pubblici, per un periodo di tempo di poco inferiore ai dodici anni (dal luglio 1977 – approvazione della Legge n. 404/1977 – all'aprile 1989 – approvazione della Legge n. 155/1989). Tale liberalizzazione, motivata da un intento di contenimento della spesa pubblica, è stata supportata dalla considerazione da parte del legislatore che il committente pubblico potesse disporre di strumenti idonei a valutare e controllare adeguatamente le prestazioni di ingegneri ed architetti.

L'abrogazione delle tariffe vincolanti nel settore pubblico determinò però - ed è questo un dato storico e come tale oggettivamente valutabile - un rapido decadimento degli standard qualitativi delle prestazioni di ingegneri ed architetti e dunque dei livelli di sicurezza e dello stesso costo delle opere pubbliche. Nel 1989 il legislatore decise, così, di porre fine al sistema della *“libera negoziazione”* dei compensi nel settore pubblico, introducendo un limite massimo - pari appunto al 20% - alla ribassabilità del compenso determinato con l'applicazione delle tariffe.

Tale quadro normativo è stato innovato dall'approvazione del Decreto Legge 4 luglio 2006, n. 223 convertito, con modificazioni, con la Legge 4 agosto 2006, n. 248.

Il Decreto Legge 4 luglio 2006, n. 223 recante *“Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, non-*

*ché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale"* pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 153 del 4 luglio 2006, all'art. 2 (recante *Disposizioni urgenti per la tutela della concorrenza nel settore dei servizi professionali*), disponeva che:

"1) *In conformità al principio comunitario di libera concorrenza ed a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali:*

- a) *la fissazione di tariffe obbligatorie fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti (...)"*.

Il Decreto Legge 4 luglio 2006, n. 223 è stato convertito, con modificazioni, con la Legge 4 agosto 2006, n. 248, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 186 dell'11 agosto 2006 - Supplemento Ordinario n. 183 - la quale all'art. 2, comma 1, dispone l'abrogazione delle disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali **"l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime"** (modificando sul punto quanto previsto dalla D.L. 4 luglio 2006, n. 223, che invece prevedeva l'abrogazione delle disposizioni che prevedevano **"la fissazione"** di tariffe obbligatorie fisse o minime) ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti.

Nel comma 2 dell'art. 2, la legge di conversione 4 agosto 2006, n. 248 oltre a far salve le disposizioni riguardanti l'esercizio delle professioni reso nell'ambito del Servizio sanitario nazionale o in rapporto convenzionale con lo stesso, nonché le eventuali tariffe massime prefissate in via generale a tutela degli utenti, stabilisce che **"il giudice provvede alla liquidazione delle spese di giudizio e dei compensi professionali, in caso di liquidazione giudiziale e di gratuito patrocinio, sulla base della tariffa professionale. Nelle procedure ad evidenza pubblica, le stazioni appaltanti possono utilizzare le tariffe, ove motivatamente ritenute adeguate, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dei compensi per attività professionali"**.

La legge di conversione 4 agosto 2006, n. 248 inoltre introduce il comma 2-bis, nel quale si dispone la sostituzione del terzo comma dell'articolo 2233 del codice civile con il seguente: «Sono nulli, se non redatti in forma scritta, i patti conclusi tra gli avvocati ed i praticanti abilitati con i loro clienti che stabiliscono i compensi professionali».

Viene inoltre ribadito integralmente e senza modifiche quanto disposto dal comma 3, dell'art. 2 del Decreto legge 4 luglio 2006, n. 223<sup>148</sup>.

L'entrata in vigore delle disposizioni di cui all'art. 2 del Decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 e, successivamente, della legge di conversione n. 248/2006 ha palesato, con immediatezza, il problema dei rapporti con la disciplina dettata dall'art. 92 del D.L.vo n. 163/2006 e, prima ancora, dall'art. 17 della legge n. 109/1994, in materia di determinazione dei corrispettivi della attività di progettazione e delle altre attività tecniche nel settore dei lavori pubblici. In particolare il contrasto s'incentra sul riconoscimento o meno del requisito della inderogabilità dei predetti corrispettivi; inderogabilità sancita esplicitamente dall'art. 92 del D.L.vo n. 163/2006.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha preso posizione sulla questione con la Determinazione n. 4 del 29 marzo 2007 e la con la Deliberazione n. 92 sempre del 29 marzo 2007.

Nella Determinazione n. 4/2007 l'Autorità addiviene alla conclusione dell'abrogazione delle norme del Codice, ovvero di quelle temporaneamente vigenti della legge n. 109/1994 (in particolare l'art. 19 – *ter* in materia di appalto integrato di progettazione ed esecuzione), che statuiscono l'inderogabilità dei compensi per le attività di progettazione, determinati ai sensi del combinato normativo di cui agli artt. 92 e 253, comma 17 del D.L.vo n. 163/2006.

Il ragionamento dell'Autorità si snoda nei seguenti punti salienti:

- 1) nella soluzione delle antinomie fra norme del medesimo rango (nel caso: Legge 248/2006 e D.L.vo n. 163/2006) è necessario ricorrere al criterio cronologico secondo cui la legge posteriore abroga quella anteriore;
- 2) 92 del Codice non è una norma speciale rispetto all'art. 2 della Legge n. 248/2006 in quanto: a) quest'ultimo fa riferimento a tutte le attività e/o servizi professionali; b) l'art. 50 del Trattato CE conferma l'unitarietà della categoria dei servizi includendo fra di essi anche le libere professioni; c) l'affidamento dei servizi è disciplinato dalle direttive di settore;
- 3) non può ritenersi ostativo il divieto di abrogazione implicita di cui all'art. 255, comma 1, del D.L.vo n. 163/2006;
- 4) dovrà ritenersi, altresì, *senza rilievo* (e non implicitamente abrogata) la previsione normativa di cui all'art. 4, comma, 12 *bis* della Legge n. 155/89, che sancisce il limite del 20% alla ribassabilità del prezzo a base d'asta;

148. "3. Le disposizioni deontologiche e pattizie e i codici di autodisciplina che contengono le prescrizioni di cui al comma 1 sono adeguate, anche con l'adozione di misure a garanzia della qualità delle prestazioni professionali, entro il 1° gennaio 2007. In caso di mancato adeguamento, a decorrere dalla medesima data le norme in contrasto con quanto previsto dal comma 1 sono in ogni caso nulle".

- 5) le amministrazioni potranno comunque fare riferimento al DM 4 aprile 2001 n. 96 per la quantificazione dei corrispettivi e correlativamente dell'importo a base d'asta (ai sensi dell'art. 92, 3° comma, del D.L.vo n. 163/2006) ma in questo caso gli importi ivi stabiliti dovranno ritenersi liberamente ribassabili. In buona sostanza il DM predetto fungerà da parametro indicativo di riferimento;
- 6) per quanto concerne l'elevato importo dei ribassi (prevedibilmente verificabili) alla luce della summenzionata presunta "liberalizzazione", l'Autorità rinvia agli ordinari rimedi della esclusione automatica delle offerte anomale (art. 124, 8° comma) per gli appalti sotto – soglia ed alla verifica della congruità delle offerte anomale (art. 86, 2° comma) per gli appalti d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

Alla luce di un quadro normativo di particolare complessità e frammentarietà, quale è quello relativo alla materia delle tariffe, una lettura parziale – come quella compiuta dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici nella sua Determinazione n. 4/2007 – limitata alla considerazione di due soli provvedimenti legislativi (il D.lg. n. 163/2006 e la legge n. 248/2006), è chiaramente inidonea a fornirne una interpretazione adeguata. L'applicazione del criterio gerarchico di soluzione delle antinomie normative collegato al principio *lex posterior derogat priori*, adottato dall'Autorità nella sua Determinazione, fornisce infatti una soluzione solo parziale della questione in esame.

L'argomento, in verità più formale che sostanziale, si accompagna all'ulteriore considerazione della indubbia natura quanto meno peculiare delle previsioni normative di cui all'art. 92 del D.L.vo 163/2006 ed in particolare del suo 4° comma.

L'abrogazione disposta dall'art. 2 comma 1 let. a) della legge n. 248/2006 spiega, infatti, sicura efficacia in relazione alla disposizione dell'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340 che ha aggiunto un comma all'articolo unico della legge n. 143/1958, secondo cui "*i minimi di tariffa per gli onorari a vacanza, a percentuale ed a quantità, fissati dalla legge 2 marzo 1949, n. 143, o stabiliti secondo il disposto della presente legge, sono inderogabili. L'inderogabilità non si applica agli onorari a discrezione per le prestazioni di cui all'articolo 5 del testo unico approvato con la citata legge 2 marzo 1949, n. 143*".

Non vi è, dunque, alcun dubbio che a partire dal 12 agosto 2006 (giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della legge n. 248/2006) ingegneri e architetti possano contrattare liberamente i propri compensi con i committenti privati, senza obbligatoriamente (nulla vieta che possano farlo facoltativamente) fare riferimento a quanto disposti dalla legge 2 marzo 1949, n. 143. Come la stessa Autorità condivisibilmente conferma, la liberalizzazione dei compensi dovrà essere coordinata e temperata dall'art. 2233 del Codice civile, il

quale statuisce che *“in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all’importanza dell’opera e al decoro della professione”*. Per quanto riguarda le prestazioni erogate dagli ingegneri alla pubblica amministrazione, l’art. 2 comma 1 let. a) della Legge n. 248/2006 va ad incidere, come detto, sull’art. 92 del Codice, non tanto nella parte in cui questi sancisce l’inderogabilità delle tariffe determinate attualmente dal D.M. del 4.4.2001<sup>149</sup>, ma nella parte in cui impone alle stazioni appaltanti di applicare obbligatoriamente tali tariffe per la determinazione della soglia di valore del contratto e del corrispettivo spettante ai professionisti incaricati.

Con le modifiche apportate dalla Legge n. 248/2006 i profili della determinazione della soglia di valore degli appalti di progettazione e della determinazione dei relativi corrispettivi sono rimessi all’apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, la quale potrà optare fra una libera determinazione degli stessi e l’applicazione della disciplina di cui al D.M. del 4.4.2001 e dei D.M. che lo sostituiranno ai sensi dell’art. 92, 3° comma del Codice. Lo stesso comma 2 dell’art. 2, della legge di conversione 4 agosto 2006, n. 248 stabilisce infatti che *“(…) Nelle procedure ad evidenza pubblica, le stazioni appaltanti possono utilizzare le tariffe, ove motivatamente ritenute adeguate, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dei compensi per attività professionali”*.

Qualora la stazione opti per l’applicazione della disciplina di cui al D.M. del 4.4.2001, tale applicazione dovrà essere integrale anche per quanto concerne l’elemento della inderogabilità (relativa) dei minimi tariffari; d’altra parte ciò che la Legge n. 248/2006 abroga sono le disposizioni che rendono **obbligatorio** il ricorso alle disposizioni tariffarie, ma non anche l’**inderogabilità** delle stesse (una volta che la stazione appaltante abbia determinato liberamente di applicarle).

Il particolare regime tariffario vigente nel settore dei lavori pubblici, come oggi regolamentato dall’art. 92 del Codice, sembra però dover sostanzialmente sopravvivere anche dopo la novella determinata dalla Legge n. 248/2006.

Come rilevato, anche dall’Autorità, infatti, i corrispettivi determinati ai sensi dell’art. 92 del Codice sono da un lato ritenuti *“minimi inderogabili”*, ma nel contempo i professionisti sono lasciati liberi di presentare offerte aventi ad oggetto corrispettivi inferiori a tali *“minimi”* fino ad un massimo del 20%. In sostanza, il quadro normativo statuito dal legislatore, per il settore dei lavori pubblici, definisce una fascia di compenso, compresa tra i corrispettivi determinati dal D.M. del 4.4.2001 ed uno sconto massimo praticabile del 20%, entro la quale ciascun professionista può determinare la propria offerta.

149. Art. 92, 4° comma del Codice secondo il quale: *“I corrispettivi determinati ai sensi del comma 3, fatto salvo quanto previsto dal comma 12-bis dell’articolo 4 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155, sono minimi inderogabili ai sensi dell’ultimo comma dell’articolo unico della legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dall’articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340. Ogni patto contrario è nullo”*.

Lo sconto in parola depone inequivocabilmente in un solo senso: i corrispettivi dell'attività di progettazione in materia di lavori pubblici **non sono inderogabili**. L'art. 92, 4° comma, del Codice (ma anche l'art. 17 della legge n. 109/1994 e successive modificazioni), infatti, espressamente fa salvo quanto previsto dall'art. 4, comma 12 *bis* del d.l. 4 marzo 1989, n. 65, convertito in legge 26 aprile 1989, n. 155.

L'Autorità ritiene che la norma da ultimo citata sia tacitamente abrogata in quanto la riduzione percentuale prevista non avrebbe più alcuna rilevanza in relazione al fatto che l'importo effettivo verrà stabilito in sede di gara.

Tale conclusione non è condivisibile per i limiti degli effetti abrogativi dell'art. 2 della Legge n. 248/2006 che non è suscettiva di applicazione analogica a situazione ultronee rispetto a quelle espressamente contemplate. Se la norma prevede l'abrogazione di tutte le disposizioni che impongono l'obbligatorietà dei minimi, i suoi effetti non possono estendersi fino al punto da comportare l'abrogazione delle ulteriori disposizioni normative eventualmente alle prime collegate. In altre parole, gli effetti abrogativi dell'art. 2 della legge n. 248/2006 sono limitati a quanto espressamente previsto in esso, e non sono suscettivi di estensione analogica a disposizioni quali quelle previste nella legge n. 155/89.

Va ricordato che nel nostro ordinamento è possibile distinguere tra due tipologie di abrogazione, una *espressa* ed una *tacita*. La prima opera esclusivamente per la volontà novativa del legislatore e prescinde dalla circostanza che vi sia o meno tra le due normative succedutesi nel tempo incompatibilità generale o su punti specifici. Si ha, invece, abrogazione per incompatibilità tra la nuova legge e quella anteriore quando il contrasto logico e giuridico sia tale da renderne impossibile l'applicazione contemporanea. In entrambe le ipotesi è necessario che la nuova legge regoli l'intera materia già regolata da quella anteriore<sup>150</sup>.

L'art. 2, 1° comma, lett. a) della Legge n. 248/2006 difetta innanzitutto di tale ultimo presupposto in quanto non interviene, se non parzialmente, sul medesimo oggetto disciplinato dal combinato normativo di cui all'art. 92, 4° comma, del D.L.vo n. 163/2006 e dall'art. 4, comma 12 *bis* del D.L. 2.3.1989, n. 155. Non vi è, infatti, alcun dubbio che, nel campo dei lavori pubblici, la fattispecie relativa alla determinazione dei corrispettivi dell'attività di progettazione sia contraddistinta non solamente dalla predeterminazione di compensi tariffari, ma anche dalla previsione della loro ribassabilità ai sensi della Legge n. 155/89. Ne consegue che l'oggetto della Legge 248/2006 non coincide con quello di cui al D.L.vo n. 163/2006 e, dunque, è da escludersi a priori un effetto abrogativo tacito.

150. In questi termini depone un consolidato orientamento giurisprudenziale ed in particolare: Cass. civ., sez. I 21-09-2005, n. 18602; Cass. civ., sez. I, 27-09-2002, n. 14020; Cass. civ., sez. I, 07-04-2005, n. 7295; Cass. 26 marzo 1973, n. 830, in Foro it. 1973, I, 3128.

Del pari è da escludere un'abrogazione espressa della norma di cui alla Legge n. 153/1989, in quanto non espressamente contemplata dalla previsione novativa della Legge n. 248/2006.

Quanto detto trova, indirettamente, conferma nell'art. 53, 3° comma del Codice secondo cui, nel caso di appalto di progettazione ed esecuzione "... *l'ammontare delle spese di progettazione esecutiva non è soggetto a ribasso d'asta*"<sup>151</sup>. Tale disposizione conferma come gli importi relativi agli incarichi di progettazione nella materia dei lavori pubblici siano generalmente soggetti a ribasso d'asta (fino ad un massimo del 20%) e, in quanto tali, essi non possano inquadarsi come minimi obbligatori.

La disposizione di cui all'art. 53 si inquadra nell'ambito della "nuova" regolamentazione dell'istituto dell'appalto-integrato il cui ambito oggettivo d'operatività, all'origine ristretto e speciale, è stato generalizzato dal D.L.vo 163/2006. In particolare, il contratto in esame presenta un oggetto composito caratterizzato da una prestazione di servizi intellettuali (progettazione definitiva e/o esecutiva) ed una di esecuzione dei lavori corrispondenti. La prestazione di servizi intellettuali, del tutto analoga a quella di cui agli incarichi di progettazione, dovrebbe essere assoggettata alla medesima regolamentazione di cui agli artt. 92 ss. del D.L.vo 163/2006. In realtà, dalla lettura in combinato dei citati artt. 92 e 53, è agevole rendersi conto della disomogeneità delle previsioni statuite nei due casi. D'altronde se l'art. 92 non consentisse la ribassabilità dei minimi tariffari, statuire nell'art. 53 che la remunerazione della progettazione negli appalti integrati non sia soggetta a ribasso alcuno, sarebbe una specificazione del tutto pleonastica. In realtà, come si diceva sopra, pur essendo le prestazioni in questione analoghe (in entrambi i casi si tratta di servizi di progettazione), il Codice non le disciplina analogamente, quanto meno per quanto concerne il profilo dei corrispettivi. Pur prescindendo in questa sede dalla *ratio* di tale diversificazione, essa conferma che i minimi di cui all'art. 92 del Codice non sono attualmente inderogabili, ma ribassabili fino ad un massimo del 20%.

Quanto detto esclude una tacita abrogazione della disciplina relativa alla determinazione dei compensi per gli incarichi di progettazione in materia di lavori pubblici ad opera della Legge 248/2006 sulla scorta del solo principio - richiamato dall'Autorità di vigilanza - dell'abrogazione della legge anteriore ad opera della legge promulgata posteriormente.

Occorre soffermarsi, infine, su un'altra statuizione dell'Autorità secondo cui la normativa relativa ai lavori pubblici non presenterebbe caratteri di spicca-

151. L'efficacia della disposizione di cui all'art. 53, 3° comma del Codice è stata sospesa dalla Legge n. 228/2006; resta però vigente quanto disposto dall'art. 19 della legge 109/94, di identico contenuto rispetto all'art. 53 sospeso.

ta specialità tali da consentirne la perdurante efficacia, secondo il principio giuridico della “specialità” della legge. Non sembrano dirimenti in tale senso gli argomenti addotti dall’Autorità ed in particolare:

- 1) che l’art. 2 della Legge n. 248/2006 faccia riferimento a tutte le attività professionali ed intellettuali;
- 2) che il Trattato comunitario confermerebbe tale impostazione, annoverando fra i servizi soggetti alla libera concorrenza anche quelli attinenti all’ingegneria ed all’architettura il cui affidamento è regolamentato dalle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE;
- 3) che lo stesso art. 2 della Legge 248/2006 richiami espressamente le procedure di evidenza pubblica quale ambito privilegiato di operatività del sistema tariffario.

Quello che, anche in questo caso, l’Autorità omette di considerare è che il quadro normativo di riferimento per la determinazione dei corrispettivi del progettista non è limitato al solo D.M. del 4.4.2001, ma si estende altresì alla Legge 155/89 il cui art. 4, comma 12-bis dispone testualmente che: *“Per le prestazioni rese dai professionisti allo Stato e agli altri enti pubblici relativamente alla realizzazione di opere pubbliche o comunque di interesse pubblico, il cui onere è in tutto o in parte a carico dello Stato e degli altri enti pubblici, la riduzione dei minimi di tariffa non può superare il 20 per cento”*.

È evidente il diverso ambito di operatività delle previsioni normative testé citate. Il D.M. del 2001 consente all’Amministrazione di determinare il costo della prestazione tecnica da porre a base d’asta lì dove, invece, la Legge 155/89, nel riferirsi al ribasso percentuale, si colloca nella fase successiva della procedura di evidenza pubblica che è quella dell’aggiudicazione della gara nella quale, appunto, sono esperiti i relativi ribassi.

In sostanza, rispetto alla disciplina generale in materia di “minimi tariffari”, il quadro normativo di riferimento per le attività di progettazione erogate in favore della pubblica amministrazione presenta innegabili caratteristiche di specialità, ed in quanto tale non può ritenersi soggetto alle prescrizioni di cui all’art. 2 della Legge n. 248/2006.

*Finito di stampare nel mese di luglio 2007*

Stampa: tipografia DSV Grafica e Stampa s.r.l., via Menichella 108, 00156 Roma