

# COMMENTO AL CODICE APPALTI PUBBLICI

## Le disposizioni di maggiore interesse per il settore dell'ingegneria organizzata

di **Andrea Mascolini**  
Direttore Ufficio legale OICE

### 1. Premessa: Il Codice appalti pubblici fra sospensioni e norme in vigore

Il Codice appalti pubblici o “Codice De Lise” (d.lgs. 163/2006) è entrato in vigore a partire dal primo luglio 2006, ma dal 13 luglio vede alcune sue norme sospese fino al primo febbraio 2007 (la sospensione è stata disposta dalla legge 12 luglio 2006 n., 228).

Le disposizioni che fino a febbraio 2007 non potranno essere applicate dalle stazioni appaltanti sono quelle relative all'appalto di progettazione ed esecuzione, cosiddetto appalto integrato (articolo 3, comma 7, e articolo 53, commi 2 e 3), l'articolo 33 (centrali di committenza), l'articolo 49, comma 10 (divieto per l'impresa ausiliaria di svolgere il ruolo di subappaltatrice), l'articolo 56 (procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara), l'articolo 57 (procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara), l'articolo 58 (dialogo competitivo) e l'articolo 59 (accordi quadro ma limitatamente ai settori ordinari).

Le stazioni appaltanti si sono quindi trovate con il Codice in vigore nella sua totalità dal primo luglio al 13 luglio e, successivamente a questa data, sono tornate ad applicare, per le parti sospese, fino al primo gennaio 2007, le disposizioni che il Codice stesso aveva abrogato e che regolavano le materie oggetto della sospensione (ad esempio, per l'appalto integrato non si applica l'articolo 53 del Codice, ma l'articolo 19 della Legge Merloni).

Nel frattempo il Ministro delle infrastrutture ha presentato uno schema di decreto legislativo correttivo del d.lgs. 163/2006, approvato a fine giugno in via preliminare dal Consiglio dei Ministri teso a modificare sotto il profilo formale 27 punti dell'articolato. Questo decreto legislativo avrà però tempi non brevi perché, come il 163, dovrà ricevere il parere del Consiglio di Stato, della Conferenza unificata Stato- regioni- enti locali e delle commissioni parlamentari, prima della deliberazione definitiva del Consiglio dei Ministri e la successiva pubblicazione sulla gazzetta ufficiale.

Non va poi dimenticato che entro il 1° luglio 2007 dovrà essere emanato il regolamento attuativo del Codice che sostituirà il regolamento della Legge Merloni, in molte parti ancora applicabile, laddove compatibile con le disposizioni del Codice.

Nel frattempo è anche stato convertito in legge il c.d. Decreto Bersani (decreto legge 223/2006) che ha un impatto anche sulle gare per servizi di ingegneria, dal momento che abroga le “disposizioni legislative o regolamentari che prevedono con riferimento alle attività professionali l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime”.

Saranno quindi possibili le offerte di ribasso oltre i minimi di tariffa, anche se le tariffe potranno essere utilizzate dalle stazioni appaltanti, “ove motivatamente ritenute adeguate, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dei compensi per attività professionali”.

In ogni caso, però, la norma abroga implicitamente l'articolo 92, comma 4 del Codice Appalti laddove stabilisce che i corrispettivi delle attività di progettazione ‘sono minimi inderogabili’, supera la disposizione che consente di ribassare i corrispettivi minimi fino al 20% quando si tratta di prestazioni professionali rese nei

confronti di stazioni appaltanti e consente, negli “appalti integrati” di ridurre l’importo degli oneri di progettazione indicato nel bando di gara e definito, fino ad oggi, ‘non soggetto a ribasso’.

Il punto è che le stazioni appaltanti dovranno trovare un sistema adeguato di verifica delle offerte anomale che, in presenza di ribassi liberi, si determineranno certamente.

## **2. Cenni introduttivi sul Codice appalti pubblici**

Il Codice sugli appalti pubblici raccoglie tutte le leggi sui contratti pubblici di lavori, forniture e servizi, ponendosi quindi come opera dal significato per certi versi storico, in quanto è la prima volta che vengono raccolte in un unico testo le leggi emanate in materia dall’Unità d’Italia fino ai giorni nostri, dalla legge fondamentale del 1865 fino alla legge quadro del 1994 e alla recente normativa sulle grandi opere strategiche.

Il Codice, che nasce dalla norma di delega prevista dalla legge 62/2005 per il recepimento delle direttive appalti pubblici 2004/17 e 18, è il frutto del lavoro di una commissione di esperti, istituita presso la Presidenza del Consiglio e presieduta dal Presidente del Tar del Lazio, Pasquale De Lise, che si è potuta giovare anche degli apporti significativi di tutti i Ministeri interessati e delle organizzazioni di settore.

La realizzazione di un Codice italiano dei contratti pubblici può essere considerato come il compimento di una riforma normativa che ha il suo inizio nel 2001, al tempo della legge obiettivo, che è proseguita con la modifica della Legge Merloni avvenuta nel 2002 con la legge n. 166 e con la ulteriore e necessaria nuova modifica della legge quadro sui lavori pubblici avvenuta con la legge 62/2005 a causa della procedura di infrazione che aprì nel 2003 la Commissione europea contro l’Italia.

Il testo risulta allineato ai contenuti della legge 109/94, legge che viene tutta riportata nel Codice, con gli ovvi e necessari adattamenti formali.

Rimangono, senz’altro, alcuni elementi innovativi e modificativi del testo della legge Merloni, ma si tratta di novità innanzitutto limitate e, in secondo luogo, dettate prevalentemente da input che giungevano dal legislatore comunitario e dalle sentenze della Corte di giustizia.

E’ il caso della disposizione che riallinea i criteri di aggiudicazione rendendo indifferente la scelta fra massimo ribasso e offerta economicamente più vantaggiosa, o quella che modifica la disciplina della trattativa privata uniformandola a quella europea. Altre novità rappresentano vere e proprie scelte del nostro legislatore: la completa liberalizzazione dell’appalto integrato di cui si prevede anche una “versione” che consente di presentare in gara il progetto definitivo, che fa saltare del tutto il principio di separazione fra progettazione e costruzione, l’esclusione automatica delle offerte anomale sotto soglia resa facoltativa, la scelta dei progettisti per incarichi sotto i 100.000 euro tramite gara informale fra almeno 5 concorrenti (previsione ancora più rigida della norma della legge 109/94), la disciplina delle opere di urbanizzazione.

Un po’ lo stesso discorso si può fare con quelle disposizioni del Codice che recepiscono le due direttive appalti pubblici, che sono direttive che raccolgono in un unico testo tutte le direttive in precedenza emanate introducendo soltanto alcune, sia pure rilevanti modifiche: il dialogo competitivo, le aste elettroniche, il cosiddetto avvalimento, gli accordi quadro, i sistemi dinamici di acquisizione, le centrali di committenza. Queste ultime sono le effettive novità di tutta la parte del Codice che attiene ai contratti di rilevanza comunitaria.

Il provvedimento, come anche in precedenza la Legge Merloni, prevede che sia emanato un regolamento di attuazione (entro un anno dall’entrata in vigore del Codice, cioè entro il 1 luglio 2007) e stabilisce (art. 253, comma 3) che per i lavori pubblici si continuino ad applicare il Dpr 34/2000 e il Dpr 554/99 “nei limiti di compatibilità” con il Codice.

Di seguito si riporta il commento ad alcune delle disposizioni del Codice e, in particolare, a quelle che sembrano di maggiore interesse per i servizi di ingegneria e architettura, nonché per l'appalto integrato e la finanza di progetto.

### **3. L'ambito di rilevanza comunitaria, il calcolo degli importi stimati**

La parte seconda, titolo I, del Codice degli appalti pubblici è quella che contiene le norme comunitarie previste nella direttiva 2004/18/CE per gli appalti di lavori, forniture e servizi e quindi rappresenta forse la parte più innovativa del Codice stesso, laddove è proprio con riguardo ai nuovi istituti della direttiva che il legislatore nazionale ha dovuto prevedere gli opportuni adattamenti in fase di recepimento nel nostro ordinamento.

L'impostazione di questa rilevante parte del Codice (si tratta di 92 articoli) riflette quella classica di ogni direttiva appalti pubblici e, quindi, si apre, come sempre accade nelle direttive, con un primo paragrafo dedicato alla disciplina dell'ambito di rilevanza comunitaria dei contratti, a capire cioè quando un determinato contratto debba essere assoggettato alle norme di derivazione comunitaria e non a quelle nazionali.

L'**articolo 28** del Codice focalizza l'attenzione sul primo aspetto rilevante che è quello economico ed individua l'importo oltre il quale le stazioni appaltanti sono tenute ad applicare la normativa di derivazione comunitaria e non le procedure di affidamento nazionali.

In particolare la disposizione recepisce fedelmente l'articolo 10 della direttiva 18/2004, con tutte le successive modificazioni.

Va tenuto conto come le soglie di applicazione delle norme comunitarie del Codice siano state revisionate da ultimo con il regolamento della Commissione 19 dicembre 2005, n. 2083, di cui la disposizione in commento tiene conto.

In sostanza da un lato vi è la soglia per gli appalti di lavori e per le concessioni di lavori pubblici (pari a 5.278.000 euro), dall'altro vi sono le soglie per i servizi e le forniture che, a loro volta variano fortemente a seconda delle stazioni appaltanti che intendono affidare a terzi gli appalti.

Se infatti si tratta di amministrazioni centrali e altre amministrazioni elencate all'allegato 4°, la soglia per i servizi e le forniture sarà pari a 137.000 euro; in generale, invece, la soglia applicabile per servizi e forniture sarà di 211.000 euro, con una riduzione di circa 25.000 euro rispetto alla normativa previgente al Codice.

Le soglie non sono però immutabili ma potranno essere revisionate secondo il percorso indicato dall'articolo 248.

L'**articolo 29** sul calcolo dell'importo stimato del contratto ricalca le analoghe disposizioni di derivazione comunitaria fino ad oggi vigenti e in particolare dà attuazione all'art. 9 della direttiva 2004/18 e all'art. 17 della direttiva 2004/17.

L'art. 9 della direttiva 2004/18, a sua volta, è richiamato dall'art. 56 della stessa direttiva, per le concessioni. Le disposizioni saranno quindi applicabili sia agli appalti di lavori, forniture e servizi, sia alle concessioni di lavori pubblici.

Nel continuo gioco di richiami che contraddistingue il Codice, le regole sul calcolo dell'importo vengono poi richiamate dall'art. 206 per quel che concerne gli appalti e le concessioni affidate nell'ambito dei settori speciali.

Come detto, sono regole in larga misura già presenti nelle precedenti direttive e recepite nel nostro ordinamento. Infatti le disposizioni sulle quali la norma del Codice incide sono gli articoli art. 2, del d. lgs. n. 358 del 1992, l'art. 4, d. lgs. n. 157 del 1995 e l'art. 9 del d. lgs. n. 158 del 1995. Il principio generale è quello del calcolo dell'importo al netto dell'IVA.

Si tratta di un importo che deve essere stimato dalle stazioni appaltanti con riferimento al valore massimo della commessa e che deve comprendere anche i possibili rinnovi contrattuali, così come i premi o altri pagamenti. E' il caso, ad esempio del dialogo competitivo, dove possono essere previsti i premi per i partecipanti. In questo caso questi premi devono sommarsi all'importo del contratto oggetto del dialogo.

Nel caso di concessioni di lavori pubblici, nella stima che deve effettuare il concedente deve essere compreso anche il valore totale stimato delle forniture e dei servizi necessari all'esecuzione dei lavori; ad esempio deve essere conteggiato il valore della progettazione definitiva ed esecutiva, oggetto del contratto di concessione, ma anche il valore, ad esempio, dell'impianto che può essere fornito in una complessa commessa impiantistica.

Altrettanto importante, perché finalizzata ad evitare che possano sfuggire all'applicazione delle norme del Codice forniture o servizi inseriti all'interno di un appalto di lavori, è la norma (comma 6) che precisa come non debbano essere conteggiati gli importi relativi a forniture o dei servizi "non necessari all'esecuzione di uno specifico appalto di lavori".

In via generale è poi precisato che il momento da prendere in considerazione per effettuare la stima dell'importo complessivo del contratto da affidare è quello dell'invio del bando o dell'avvio della procedura di affidamento.

Nei commi da 7 a 11 vengono dettate alcune disposizioni specifiche per ogni tipo di appalto che hanno tutte lo scopo di evitare che le stazioni appaltanti omettano di calcolare determinate attività nell'importo stimato complessivo dell'appalto. Fra questi si segnala l'obbligo di calcolare tutti i lotti di un appalto laddove si prevede che il contratto possa essere eseguito per lotti distinti con una specifica eccezione nel caso in cui i lotti siano di importo inferiore a 80.000 euro, se si tratta di servizi, o a un milioni di euro se si tratta di lavori e a condizione che il valore di questi lotti sia inferiore al 20% del valore di tutti i lotti complessivamente considerati.

Una specifica disciplina viene dettata per le forniture o i servizi che presentano carattere di regolarità o devono essere rinnovati entro un determinato periodo. Non essendovi dei termini di riferimento precisi il legislatore prevede che deve farsi riferimento al valore reale complessivo dei contratti analoghi successivamente conclusi nel corso dei dodici mesi precedenti o dell'esercizio precedente, con le opportune rettifiche, se possibile, al fine di tener conto dei cambiamenti in termini di quantità o di valore che potrebbero sopravvenire nei dodici mesi successivi al contratto iniziale, oppure al valore stimato complessivo dei contratti successivi conclusi nel corso dei dodici mesi successivi alla prima consegna o nel corso dell'esercizio se questo è superiore a dodici mesi.

Norme specifiche riguardano poi le forniture aventi per oggetto la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto di prodotti (comma 9).

Va notato che se si tratta di affidare un accordo quadro o di utilizzare un sistema dinamico di acquisto va considerato il complesso degli affidamenti che saranno effettuati durante tutta la durata dell'accordo o del sistema dinamico.

Infine per gli appalti misti di forniture e servizi il legislatore prevede che sia irrilevante la quota del servizio o della fornitura, ma che esse debbano essere calcolate insieme e che in questo importo complessivo deve rientrare anche l'attività di posa in opera e installazione.

#### **4. La concessione di servizi**

Storicamente tutta la legislazione comunitaria in materia di appalti pubblici non ha mai avuto ad oggetto la materia delle concessioni di servizi. Troppe le differenze esistenti nei singoli stati membri per potere giungere ad una disciplina comunemente accettata e omogenea.

Non si è quindi mai andati oltre l'affermazione di principi di carattere generale in merito alla necessità di rispettare le norme generali del Trattato europeo. L'ultimo di questi riferimenti è rinvenibile nella Comunicazione della Commissione europea sulle concessioni datata aprile 2004 che ha rappresentato comunque un riferimento importante anche per il nostro legislatore nazionale.

In tale comunicazione, preso atto che le direttive appalti pubblici non hanno mai disciplinato i profili inerenti le concessioni di servizi pubblici, la Commissione europea ha richiamato i singoli stati membri all'applicazione di una serie di principi del Trattato UE (concorrenza, trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, ecc.), così come definiti anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. In particolare la Corte di giustizia con le sentenze 7 dicembre 2000, c-324/1998 e 13 ottobre 2005, C-458/2003, hanno affermato che occorre un adeguato livello di pubblicità, e che gli Stati membri non possono mantenere in vigore norme che consentano l'attribuzione di concessioni di servizi senza gara.

Con la direttiva 2004/18/CE, che sottrae le concessioni di servizi all'applicazione della direttiva stessa (art. 3), c'è però un primo dato di discontinuità rispetto alle precedenti direttive europee in quanto se in passato non era mai stata data neanche una definizione di questa tipologia concessoria: il provvedimento, recepito nel Codice, per la prima volta dà infatti una definizione di concessione di servizi.

Si tratta della definizione inserita al comma 2 dell'articolo 30 del codice.

Va preliminarmente precisato che vi è una profonda differenza fra la concessione di servizi e l'appalto di servizi.

Nell'appalto l'appaltatore svolge il servizio nei confronti della stazione appaltante, nella concessione il servizio viene prestato verso la collettività, verso l'utenza; inoltre nell'appalto l'appaltatore riceve un prezzo, mentre nella concessione il concessionario ha il solo diritto di gestire il servizio remunerandosi con le tariffe dello stesso.

Su questo aspetto il Codice, al comma 2 dell'articolo 30 precisa che se nelle concessioni di servizi, di regola, il corrispettivo è rappresentato dal solo diritto di gestire il servizio, può, in via eccezionale, essere prevista la corresponsione di un prezzo. In questa ipotesi però devono essere presenti alcune condizioni che la norma espressamente cita.

Si tratta delle situazioni per cui il concessionario è costretto ad applicare determinate tariffe all'utenza tariffe che risultano "inferiori a quelle corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa", oppure di quelle altre situazioni per cui è necessario garantire al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico – finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.

Va notato che la norma non prevede la fissazione di un tetto massimo, neanche in termini percentuali, al valore del prezzo.

Di particolare rilevanza appare poi la disposizione del comma 3 che, codificando principi della giurisprudenza comunitaria, inserisce alcune prime indicazioni, sia pure di carattere generale, in materia di scelta del concessionario di servizi.

In particolare si stabilisce la necessità di rispettare, in questa scelta, i "principi desumibili dal Trattato" e quelli tipici della materia dei contratti pubblici, cioè quelli di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.

Il legislatore non si ferma, però, a questa enunciazione di carattere generale perché fornisce comunque delle indicazioni minime che attengono alla necessità che la scelta del concessionario avvenga, se non con una procedura ad evidenza pubblica ben determinata, almeno con una "gara informale" alla quale dovranno essere invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi".

E' chiaro che in questo ambito la discrezionalità dell'amministrazione-concedente appare estremamente ampia considerato che non è dato sapere come sarà accertato se vi siano cinque soggetti "qualificati" e soprattutto quali potranno essere i criteri di selezione.

Le indicazioni della norma hanno un carattere "di minima" in quanto fanno salve (comma 4) tutte le procedure che garantiscano maggiormente la concorrenza fra gli aspiranti concessionari.

E' stata poi avvertita la necessità (comma 5) di fare salve tutte quelle normative che prevedono l'affidamento in house di servizi (affidamento di servizi da un'amministrazione ad un'altra) a

condizione però che tali normative siano compatibili con il Trattato, formula particolarmente ambigua perché non indica quali parametri oggettivi debbano essere presi in considerazione.

Con tutta probabilità, come di recente precisato dall'Antitrust e dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici a proposito della disciplina delle concessioni e degli affidamenti da concessionari a proprie società controllate, l'elemento rilevante sarà quello della limitazione della concorrenza all'interno di un dato mercato "rilevante" a fini della disciplina antitrust.

Una importante norma di tutela viene adottata per i casi in cui vengano attribuiti diritti speciali o di esclusiva a soggetti diversi dalle amministrazioni: in queste ipotesi il concedente, laddove affiderà a terzi contratti, sarà tenuto ad applicare la stessa normativa che avrebbe seguito l'amministrazione concedente.

**L'articolo 31** recepisce l'articolo 12 e l'articolo 570 della direttiva 2004/18, facendo però salvo l'art. 32 del codice, che, nel recepire regole già codificate dalla legge quadro sui lavori pubblici e dal d.lgs. n. 158 del 1995, rende applicabile il regime ordinario agli appalti di lavori degli enti aggiudicatori che operano nei settori speciali, quando tali appalti non sono connessi con le loro finalità istituzionali.

## 5. L'avvalimento

**L'articolo 49** sul cosiddetto avvalimento è uno dei più controversi del Codice e recepisce gli articoli 47 e 48 della direttiva n. 18 del 200 e l'art. 54 della direttiva n. 17 del 2004.

Si tratta di uno dei nuovi istituti previsti dalle nuove direttive che disciplinano le modalità con le quali un soggetto può avvalersi di un altro soggetto (il c.d. "operatore economico", termine che raggruppa qualsiasi tipologia di concorrente ad una gara, persona fisica o giuridica che sia) senza addirittura che ricorrano tra loro particolari legami giuridici.

Le due direttive del 2004 fanno quindi un grande balzo in avanti rispetto a quanto aveva detto la giurisprudenza della Corte di giustizia (sent. 14 aprile 1994, n. 389 - Ballast Nedam groep) che stabilì che "per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, (occorre) tener conto delle società che appartengono a tale gruppo, purchè la persona giuridica di cui è causa provi di aver effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti.". Nelle direttive questo vincolo (appartenenza al gruppo) scompare e si offre sempre la possibilità, sia ad un operatore economico singolo, sia ad un raggruppamento di operatori economici, di provare i requisiti del bando di gara attraverso quelli posseduti da altri soggetti.

La disponibilità dei requisiti richiesti per la partecipazione alle gare da sempre considerati come requisiti volti a dimostrare l'idoneità del concorrente all'esecuzione dell'appalto, rappresenta indubbiamente l'elemento centrale dell'istituto dell'avvalimento, che in parte modifica la nozione di "qualificazione", così come finora conosciuta nel nostro ordinamento interno. Infatti l'

l'avvalimento sposta l'asse dell'accertamento della capacità del soggetto che partecipa alla gara in una dimensione futura dell'impresa stessa, che deve in tal caso "dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà" dei "mezzi" o delle "risorse" necessarie allo svolgimento delle prestazioni contrattuali.

Ciò avviene sia per le singole gare, sia per i sistemi di qualificazione come quello italiano basato sulle attestazioni delle SOA.

Il legislatore nazionale ha però introdotto (nel Codice, agli articoli 49 e 50) alcune cautele in più rispetto alla previsione comunitaria per evitare possibili elusioni da parte dei concorrenti.

Da un lato, infatti, devono essere dichiarati: l'oggetto dell'avvalimento, il soggetto che si avvale dei requisiti e colui che li "presta"; tale soggetto si deve poi obbligare, verso l'impresa e verso la stazione appaltante, a mettere a disposizione i requisiti richiesti per tutta la durata del contratto di appalto (il riferimento alla nozione di "appalto" sembrerebbe, fra l'altro, escludere l'avvalimento

nell'ambito delle concessioni) e non deve essere in situazioni di controllo con altre imprese partecipanti alla gara.

Dall'altro lato l'impresa che si avvale dei requisiti può sfruttare tale opzione soltanto nei confronti di una impresa per ciascun requisito o categoria, ma il bando di gara può derogare a questa regola ammettendo che l'impresa si avvalga di più soggetti considerando l'importo della gara e o la particolarità della prestazione richiesta, fermo restando che per i lavori non è comunque ammessa la cumulabilità degli attestati SOA relativi alla sessa categoria.

Fra concorrente e impresa "ausiliaria" è previsto che vi sia responsabilità in solido nei confronti della stazione appaltante, ma allo stesso tempo il ruolo di "appaltatore" spetterà soltanto al concorrente e l'impresa ausiliaria rimarrà a tutti gli effetti al di fuori del rapporto contrattuale di appalto e non potrà assumere la veste di subappaltatore.

L'avvalimento pone quindi l'amministrazione in una posizione di minore tutela rispetto a quella derivante dalla disciplina dei raggruppamenti temporanei di imprese. I fatto che l'impresa ausiliaria si debba obbligare verso il concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto" (art. 49, comma 2, lettera f), non sembra garantire l'amministrazione nella stessa misura di quanto accade quando si presenta un raggruppamento temporaneo. Non c'è infatti quell'inserimento dell'impresa nella realizzazione dell'opera, tipica dei raggruppamenti.

Le modalità applicative dell'istituto dipenderanno però molto dalle singole stazioni appaltanti che nella lex specialis del bando di gara potranno ammettere, ad esempio, l'avvalimento per determinati requisiti (tecnico-organizzativi o economico-finanziari) e non per altri; così come potranno ammettere che una stessa impresa ausiliaria possa prestare i requisiti a più concorrenti in ragione del fatto che "particolari attrezzature risultino possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato".

In quest'ultima ipotesi si sarà in presenza di una limitatissima eccezione al principio generale per cui della stesa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente.

Scatterà sempre l'obbligo per le stazioni appaltanti di dichiarare i casi di avvilimento all'Osservatorio dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

Per quel che riguarda i sistemi di qualificazione e, in particolare, il settore dei lavori, il Codice prevede che fra l'impresa che si avvale dei requisiti e l'impresa ausiliaria deve esistere un rapporto di controllo, oppure entrambe le imprese devono essere controllate da una stessa impresa. Scatta anche in questo caso la responsabilità solidale.

Va notato che il Codice prevede la sospensione dell'attestazione SOA, da parte dell'Autorità, sia nei confronti della impresa ausiliaria sia dell'impresa avvalsa, per un periodo da sei mesi a tre anni se le imprese (ausiliaria e avvalsa) omettono di comunicare la cessazione delle situazioni che consentivano l'avvalimento.

## **6. L'oggetto del contratto e l'appalto integrato**

**L'articolo 53** del Codice costituisce senza alcun dubbio una delle norme "politicamente" più rilevanti del provvedimento, dal momento che incide direttamente sul contenuto del contratto modificando sensibilmente il quadro normativo fino ad oggi vigente.

Prima di incidere in tal senso, la norma si occupa però di riprodurre per i lavori pubblici, l'art. 19, comma 1, della legge Merloni che stabilisce come mezzi esclusivi di realizzazione dei lavori pubblici le due tipologie dell'appalto e della concessione, con ciò facendo però salvi i contratti di sponsorizzazione e l'esecuzione dei lavori in amministrazione diretta.

La disposizione dovrebbe quindi avere l'effetto di impedire che si posano realizzare opere mediante istituti quali la vendita o la locazione di cosa futura, o il leasing immobiliare.

Per quel che riguarda invece il vero e proprio oggetto del contratto la norma nazionale innova radicalmente rispetto alla normativa previgente riallineando quasi in toto la normativa nazionale a quella europea.

La più rilevante distonia esistente con la direttiva è che non si è avuto il coraggio di generalizzare l'impiego dell'istituto dell'affidamento a contraente generale, previsto come contratto di appalto di "esecuzione con qualsiasi mezzo" soltanto nell'ambito delle opere della Legge Obiettivo (cioè della normativa di cui all'art. 1 del d.lgs. 190 del 2002, emanato, come è noto, sulla scorta della delega contenuta nella legge n. 443 del 2001 e di fatto interamente trasfuso nel corpus del Codice – articoli da 161 a 194).

A tale riguardo si discute peraltro se la norma transitoria prevista all'art. 253, comma 27, lettera f), che stabilisce in una prima fase applicativa del d.lgs. 190/02 l'impiego dell'affidamento a contraente generale soltanto per le opere di valore superiore ai 250 milioni, possa essere considerata ancora valida stante l'avvenuta abrogazione, da parte dello stesso Codice, proprio del d.lgs. 190/02.

In sostanza si sostiene, con qualche ragione, che l'avvenuta abrogazione del d.lgs. 190/02 avrebbe fatto venire meno anche la limitazione della soglia dei 250 milioni di euro, anche se va rilevato come una scelta di tale valore "politico" difficilmente possa passare in via meramente interpretativa. Ciò detto per la terza figura di appalto della legislazione comunitaria, al momento sempre relegata nella legislazione vigente per le grandi infrastrutture strategiche, l'articolo 53 prevede tre tipologie di appalto, di cui due molto simili: l'appalto di sola esecuzione per il quale si mette in gara un progetto esecutivo; l'appalto di progettazione esecutiva e esecuzione dei lavori con a base di gara un progetto definitivo (corrispondente all'attuale appalto integrato dell'articolo 19, comma 1, lettera b) della legge Merloni) e l'appalto di progettazione esecutiva e esecuzione dei lavori con a base di gara un progetto preliminare che costringe i concorrenti a presentare in gara il progetto definitivo. Quest'ultima figura è, in sostanza, una variante dell'appalto integrato e ha in sé un elemento dell'appalto-concorso (procedura oggi non più contemplata dal Codice), dal momento che richiede al concorrente la produzione di un elaborato in sede di gara (il progetto definitivo e non quello esecutivo come accadeva nell'appalto-concorso).

Va segnalato che a questa tipologia di contratto (per il quale si presenta in gara il progetto definitivo) fa riferimento, per quel che concerne i profili procedurali, anche la normativa sul promotore riportata nello stesso Codice, ponendo alcuni profili problematici che in quella sede saranno esaminati.

La scelta tra le tre ipotesi di appalto è lasciata alle motivate valutazioni delle amministrazioni aggiudicatrici, sotto la propria responsabilità.

Per questo motivo si parla di "liberalizzazione" dell'appalto integrato: vengono infatti meno le ipotesi tassative predeterminate dalla legge in cui la progettazione può essere affidata insieme all'esecuzione dei lavori (per i lavori di importo inferiore a 200.000 Euro; per i lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 60% del valore dell'opera; per i lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici; per i lavori di importo pari o superiore a 10 milioni di Euro).

In effetti, a ben vedere, le stazioni appaltanti non saranno però del tutto libere nella scelta del contratto dal momento che dovranno tenere conto delle "esigenze tecniche, organizzative ed economiche"; ciò dovrebbe significare che per un appalto che non presenta particolari difficoltà tecniche sarà illogico utilizzare un contratto diverso da quello di sola esecuzione.

In prospettiva appare molto probabile che queste nuove figure di appalto, libere o quasi nella loro utilizzazione, produrranno una drastica riduzione delle gare di progettazione stante il fatto che con l'appalto integrato liberalizzato, nelle due diverse forme in cui è previsto, una buona fetta della fase progettuale sarà spostata all'interno del contratto di appalto di lavori.

Il Codice conferma anche il principio, già presente nella Legge Merloni, per cui per le due varianti di appalto integrato in precedenza descritte, l'appaltatore dovrà comunque dimostrare il possesso di determinati requisiti tecnici per la fase di progettazione che devono essere indicati nel bando di gara

facendo riferimento alle norme del Dpr 554/99 in materia di gare di progettazione e concorsi di progettazione.

Se l'impresa (sia attestata SOA per sola esecuzione, sia attestata per prestazioni di progettazione ed esecuzione) non possiede i requisiti progettuali sarà obbligata a associare o individuare un progettista in grado di dimostrare tali requisiti.

La norma dovrebbe quindi fare chiarezza su questo punto e superare alcune due sentenze del Tar Lazio e del Tar Sardegna che avevano invece ritenuto di ammettere a gare per appalto integrato imprese con l'attestazione SOA per prestazioni di progettazione e costruzione, senza necessità che provassero il possesso dei requisiti progettuali.

Con la norma del Codice ciò non sarà quindi possibile dovendo l'impresa di costruzioni sempre dimostrare il possesso dei requisiti previsti dal bando per la redazione del progetto esecutivo. Altro punto rilevante riguarda la non ribassabilità delle spese di progettazione indicate nel bando di gara, nelle due ipotesi di appalto integrato.

Si riproduce anche la norma della Legge Merloni che consente di eseguire i lavori soltanto dopo l'avvenuta approvazione del progetto.

Il comma 6 e i seguenti riproducono i commi 5 ter e seguenti dell'art. 19, l. n. 109 del 1994, sul pagamento con datio in solutum, che attiene all'oggetto del contratto, sotto il profilo del prezzo. Si è però dettata una norma di coordinamento con la disciplina relativa alle procedure di dismissione del patrimonio immobiliare pubblico.

La disciplina dei commi da 6 a 11 è destinata ad essere completata dal regolamento (attualmente dispone l'art. 83, d.p.r. n. 554 del 1999).

Il comma 12 riproduce l'ultimo inciso dell'art. 83, d.p.r. n. 554 del 1999, trattandosi di norma che è opportuno rilegificare, in quanto attiene al mutamento di destinazione del regime beni demaniali e patrimoniali indisponibili, regime disciplinato con legge.

## **7 . Il dialogo competitivo**

**L'articolo 58** sul dialogo competitivo può anch'esso essere considerata una delle disposizioni maggiormente innovative del Codice che recepisce l'articolo 29 della direttiva 2004/18.

Il dialogo competitivo (art. 58 del Codice), previsto come istituto innovativo delle direttive 2004/17 e 18, è una procedura di aggiudicazione limitata ai soli appalti "particolarmente complessi" (ma non nel caso delle opere della Legge Obiettivo). Questa condizione sussiste quando la stazione appaltante non è in grado di stabilire con quali mezzi tecnici realizzare l'intervento o quando non è in condizione di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto. Nel considerando 18 della direttiva 2004/18 è interessante notare come si chiarisca che in questi casi le amministrazioni possano trovarsi "nell'impossibilità oggettiva, non per carenze loro imputabili, di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridico/finanziarie".

La complessità viene inoltre prevista quando la stazione appaltante non abbia a disposizione studi che siano in grado di quantificare i bisogni e definire le diverse caratteristiche dell'intervento.

Sono queste le condizioni (che dovranno essere adeguatamente motivate dalla stazione appaltante) in presenza delle quali il legislatore giustifica la "anomalia" di questa procedura che, diversamente dalle altre in cui è l'amministrazione a definire gli aspetti tecnici dell'intervento sui quali i concorrenti devono confrontarsi, prevede che siano i candidati a concorrere alla messa a punto dei profili tecnici dell'intervento.

Il dato caratteristico di questa procedura risiede quindi proprio nella impossibilità per l'amministrazione di definire i mezzi tecnici per soddisfare le sue necessità e nella incapacità di impostare gli aspetti giuridici o finanziari del progetto.

Oltre alla presenza di particolare complessità dell'intervento occorre anche verificare una seconda condizione: se il ricorso alla procedura ristretta o alla procedura aperta non permetta effettivamente l'aggiudicazione dell'appalto.

Fra gli aspetti di particolare interesse dell'istituto vi è da un lato l'obbligo in capo alle amministrazioni aggiudicatrici di fornire specifica motivazione circa la sussistenza dei presupposti per ricorrere al dialogo competitivo e dall'altro l'introduzione di una disciplina di raccordo con l'istituto della finanza di progetto di cui agli artt. 37-bis e segg. della 'Legge Merloni' (ora: articoli 153 e seguenti del 'Codice'), volta a consentire alle amministrazioni che non siano state in condizione di individuare una proposta progettuale come di interesse pubblico di far ricorso alla procedura per dialogo competitivo, invitando al dialogo i soggetti che si siano fatti promotori delle diverse iniziative progettuali

Nella procedura di gara, si richiede la massima trasparenza da parte della stazione appaltante nella disciplina dei criteri di selezione e dei criteri di aggiudicazione, anche in considerazione della mancanza del capitolato tecnico. Si mette anche in risalto l'obbligo di rispettare la parità di trattamento fra tutti gli offerenti, con un espresso divieto di rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte o le informazioni riservate del candidato che, solo lui, può autorizzare l'amministrazione a divulgarle.

In particolare, è chiarita la netta separazione tra la fase del dialogo, in cui avviene una vera e propria messa a punto, anche per fasi successive, della soluzione o delle soluzioni ritenute idonee dall'amministrazione, e la successiva fase in cui l'amministrazione riceve e valuta le offerte. Se l'amministrazione, "per ridurre il numero delle soluzioni da discutere", sceglie di svolgere la procedura in più fasi successive (e deve prevederlo nel bando di gara o nel "documento descrittivo"), è tenuta ad applicare i criteri di aggiudicazione previsti nel bando di gara .

Al riguardo è interessante notare come, nel 41° considerando della direttiva, si precisi che "Nel dialogo competitivo e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, tenuto conto della flessibilità che può essere necessaria nonché dei costi troppo elevati connessi a tali metodi di aggiudicazione degli appalti, occorre consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere uno svolgimento della procedura in fasi successive in modo da ridurre progressivamente, in base a criteri di attribuzione preliminarmente indicati, il numero di offerte che continueranno a discutere o a negoziare. Tale riduzione dovrebbe assicurare, purché il numero di soluzioni o di candidati appropriati lo consenta, una reale concorrenza".

Il dialogo può anche durare molto dal momento che è previsto che prosegua finché l'amministrazione non sia in grado di individuare, "se del caso dopo averle confrontate" la o le soluzioni che essa ritiene idonee e soddisfacenti.

Può anche darsi che la stazione appaltante decida che nessuna delle soluzioni proposte sia idonea a rispondere alle proprie esigenze; in questo caso deve informare i partecipanti al dialogo che non avranno diritto a percepire alcun compenso (né premi, né incentivi). Se, invece, tutto è andato per il verso giusto e sono state individuate una o più soluzioni, si avvia la fase finale del dialogo nel corso della quale le offerte presentate dai partecipanti possono anche essere successivamente precisate, chiarite e perfezionate.

Ricevute le offerte la stazione appaltante le valuta utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Una volta individuata l'offerta economicamente più vantaggiosa, si prevede ancora la possibilità per la stazione appaltante di chiedere al migliore offerente di precisare alcuni aspetti dell'offerta e di confermare gli impegni che derivano dall'offerta presentata. E' infine prevista la facoltà per l'amministrazione di stabilire "premi o incentivi" per i partecipanti al dialogo. Infine la norma si chiude con un divieto: il dialogo competitivo non può essere utilizzato dalle stazioni appaltanti per limitare o distorcere la concorrenza.

In ragione delle caratteristiche che sono state delineate, il dialogo competitivo è procedura dotata di un grado di flessibilità maggiore rispetto a quello delle procedure utilizzate finora per l'aggiudicazione di appalti a contraente generale e per la procedura negoziata prevista nella legislazione sul promotore. Il che, peraltro, deve anche fare riflettere sulle condizioni cui sono sottoposti gli imprenditori che partecipano al dialogo competitivo.

## 8. La Pubblicità, i termini e le garanzie

Gli **articoli** che vanno **da 63 a 69** coincidono a grandi linee con gli articoli 35- 43 del capo sesto della direttiva n. 2004/18, che, sotto la rubrica "disposizioni in materia di pubblicità e trasparenza" raggruppa numerose ed eterogenee disposizioni che disciplinano:

- i tipi di informazioni che le amministrazioni aggiudicatrici divulgano in relazione ai propri appalti, suddivisi in tre categorie, avviso di preinformazione, bandi, avviso di postinformazione; tali tipi di informazioni formano oggetto di pubblicità, e, non di comunicazione individuale (art. 35);
- il contenuto di bandi e avvisi (art. 36);
- le modalità di pubblicazione di bandi e avvisi (artt. 36 e 37);
- i termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte (art. 38);
- i mezzi di conoscibilità di capitolati d'oneri e informazioni complementari (art. 39);
- il contenuto degli inviti nelle procedure ristrette e negoziate (art. 40);
- le informazioni individuali da dare ai concorrenti in relazione alle gare (art. 41);
- le forme di comunicazione, anche elettronica (art. 42);
- il contenuto dei verbali (art. 43).

Si tratta, come si vede, di norme che recano a propria volta pochi aspetti di novità rispetto alle previgenti disposizioni di cui all'art. 80 del d.P.R. 554 del 1999 e alle altre norme interne di recepimento delle direttive appalti pubblici.

Le disposizioni, se è vero che prescrivono meri adempimenti procedurali, è anche vero che risultano di particolare rilievo ai fini della garanzia e della trasparenza dell'azione delle stazioni appaltanti, rendendo conoscibili le gare da parte ai potenziali concorrenti, con ciò offrendo loro la possibilità concreta di presentare offerte e candidature.

La novità principale, da segnalare sin da ora, è la valorizzazione degli strumenti elettronici di comunicazione, che vengono posti sullo stesso piano degli strumenti classici di comunicazione e scambio di informazioni.

L' **articolo 63** disciplina l'avviso di preinformazione, attenendosi all'art. 35 della direttiva 2004/18/CE, nonché a quanto già previsto dalle norme di recepimento delle previgenti direttive per gli appalti nei settori tradizionali. Si chiarisce che deve effettuarsi entro il 31 dicembre di ciascun anno e a valere per i dodici mesi successivi, nonchè che deve essere inviato alla Commissione europea per la pubblicazione, oppure pubblicato dalle stazioni appaltanti sul proprio 'profilo di committente' (cioè in un sito Internet). L'art. 63, comma 7 del Codice prescrive, altresì, che l'avviso di preinformazione sia pubblicato sull'apposito sito informatico dei contratti istituito presso l'Osservatorio dei contratti pubblici, di cui all'art. 7 del Codice.

Se poche novità sono da segnalare nelle norme di cui all'articolo 64 e 65, merita qualche considerazione l'**articolo 66** che recepisce gli articoli 36 e 37, direttiva 2004/18 e sostituisce parte dell'art. 80 del d.p.r. n. 554 del 1999.

I commi da 1 a 6 e da 11 a 16 recepiscono fedelmente l'art. 36, direttiva 2004/18, disciplinando la pubblicità in ambito comunitario. I commi da 7 a 9, tenendo conto delle norme nazionali vigenti, disciplinano la pubblicità in ambito nazionale degli appalti di rilevanza comunitaria.

Si prevede al riguardo la istituzione di una apposita serie speciale della Gazzetta ufficiale, denominata "serie speciale dei contratti pubblici", soluzione, questa, che, a costo zero per la pubblica amministrazione, favorisce la conoscibilità dei bandi e degli avvisi (agli interessati è

sufficiente l'abbonamento a tale serie speciale). Si prevede anche la pubblicazione sul sito internet dell'amministrazione aggiudicatrice (c.d. profilo di committente), nonché la pubblicazione sul sito informatico presso l'Osservatorio e sul sito informatico presso il Ministero delle infrastrutture e trasporti.

Si semplifica la pubblicità sulla stampa quotidiana prevedendo la pubblicità su due quotidiani a livello nazionale e due a livello locale a maggiore diffusione nel luogo dove si esegue il contratto.

Il comma 15, nel recepire l'art. 37, direttiva 18/2004, e nell'estenderlo anche alla pubblicità in ambito nazionale, fissa la facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici di pubblicare secondo le disposizioni del presente articolo anche bandi e avvisi che non sono soggetti a tali obblighi di pubblicazione.

Viene anche prevista la facoltà di prevedere forme ulteriori di pubblicità facoltativa, non previste nel presente articolo.

Per quel che riguarda l'**articolo 68** sulle specifiche tecniche, si recepisce l'art. 2 della direttiva 2004/18 l' art. 34 della direttiva 2004/17 e si sostituiscono gli artt. 10 e 11, del d. lgs. n. 406 del 1991, l' art. 8, d.lgs. n. 358 del 1992, l' art. 20, d.lgs. n. 157 del 1995, l' art. 19, d.lgs. n. 158 del 1995 e l' art. 16, comma 3, d.p.r. n. 554 del 1999.

A livello comunitario le norme della direttiva prevedono che "a meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando [le disposizioni di cui all'art. 23 della direttiva 18], a condizione che siano accompagnati dall'espressione "o equivalente"".

Tale articolo è applicabile anche ai contratti sotto soglia, non essendo espressamente esclusa o derogata (cfr. Circolare del Dipartimento per le politiche comunitarie del 29 aprile 2004, in g.u. 12 luglio 2004, recante "principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nell'indicazione delle specifiche tecniche degli appalti pubblici di forniture sotto soglia comunitaria").

La disciplina dall'**articolo 70 all'articolo 80** del Codice prende in esame i profili dei termini, del contenuto delle domande e delle offerte, delle garanzie, delle varianti in sede di offerta e delle comunicazioni.

Per quel che riguarda i termini applicabili alle diverse procedure di aggiudicazione il testo del Codice non si discosta in modo significativo né dalle direttive da recepire (con particolare riferimento agli articoli 38 e 39 della direttiva 2004/18), né dalla previgente normativa nazionale di recepimento.

Viene innanzitutto stabilito e chiarito in maniera più efficace l'importante principio per cui nella determinazione dei termini per la ricezione delle offerte e per l'invio delle domande di partecipazione, le amministrazioni devono tenere conto della "complessità dell'appalto e del tempo necessario per presentare le offerte", nel rispetto dei termini previsti.

Per quel che riguarda la procedura aperta viene confermato il termine di 52 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara.

Nelle procedure ristrette, nella procedura negoziata con pubblicazione del bando di gara e nel dialogo competitivo viene confermato quanto già previsto in precedenza: 37 giorni per la ricezione della domanda di partecipazione e, per la sola procedura ristretta, 40 giorni per l'invio delle offerte. Una novità (almeno con riguardo all'entità del termine) attiene alla possibilità di ridurre il termine per la presentazione delle offerte nel caso di pubblicazione del c.d. avviso di preinformazione da parte della stazione appaltante: se è avvenuta la preinformazione la stazione appaltante potrà ridurre il termine per la ricezione delle offerte da 40 fino a 22 giorni (in precedenza si poteva arrivare fino a 26 giorni).

Una ulteriore novità è legata all'adozione della trasmissione in via elettronica dei bandi di gara: se la stazione appaltante ha adottato questa modalità di trasmissione si potranno ridurre di 7 giorni i termini per la presentazione delle domande di partecipazione. Tale facoltà non vale per le procedure aperte.

Analogamente, se la stazione appaltante offre la possibilità, per via elettronica, di accesso libero, diretto e completo alla documentazione di gara (capitolati e documenti connessi) potrà ridurre di 5 giorni il termine per la ricezione delle offerte.

La stessa possibilità di riduzione dei termini viene concessa nelle procedure di urgenza (applicabili in caso di procedura ristretta e di procedura negoziata con pubblicazione del bando) quando la stazione appaltante abbia trasmesso il bando di gara in via elettronica: passa da 15 a 10 giorni il termine per la presentazione delle domande di partecipazione. Rimane invece fermo, sempre in caso di procedura di urgenza, il termine di 10 giorni per la presentazione delle offerte nelle procedure ristrette.

Si ammette come mezzo di comunicazione fra stazione appaltante e operatore economico sia il fax, sia la "via elettronica" e dette disposizioni ad hoc per la trasmissione per via elettronica che prevedono anche la possibilità per gli stati membri di esigere che le offerte siano presentate solo ed esclusivamente attraverso la "firma elettronica avanzata".

Per quel che riguarda le comunicazioni sono state previste comunicazioni di ufficio, oltre che su domanda, che non sono né superflue né meramente ripetitive della comunicazione di informazioni su domanda, in quanto giovano a produrre l'effetto della conoscenza dell'atto di aggiudicazione in capo al non aggiudicatario, e dell'atto di esclusione in capo all'escluso, al fine della celere decorrenza dei termini per il ricorso giurisdizionale e di porre l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto al riparo da ricorsi proposti a notevole distanza di tempo.

Tali comunicazioni di ufficio si raccordano con la necessità, imposta dal diritto comunitario, che tra aggiudicazione del contratto e stipulazione vi sia un termine dilatorio decorrente dalla comunicazione dell'aggiudicazione (v. art. 11). La comunicazione di ufficio si traduce, pertanto, in un meccanismo acceleratorio del contenzioso.

La codificazione di tale articolo comporta l'abrogazione dell'articolo 76, commi 3 e 4, d.p.r. n. 554/1999, nonché dell'art. 20, l. 19 marzo 1990, n. 55, che prevede forme di pubblicità dell'aggiudicazione.

## **9. I criteri di selezione delle offerte, la verifica delle offerte anormalmente basse**

L'**articolo 81** del Codice disciplina la materia dei criteri di aggiudicazione degli appalti recependo l'art. 53 della direttiva che sostituisce l'art. 1 del d.lgs. n. 358 del 1992, l'art. 21 della legge n. 109 del 1994, l'art. 23 del d.lgs. n. 157 del 199 e l'art. 24 del d.lgs. n. 158 del 1995. Si tratta di norme che sono applicabili a tutti gli appalti pubblici, ivi compresi quelli di servizi di ingegneria e architettura.

Fino all'emanazione del Codice la Legge Merloni (art. 21) non prevedeva che le amministrazioni potessero indifferentemente utilizzare l'uno o l'altro criterio, privilegiando il criterio del prezzo più basso rispetto a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

E proprio tale prevalenza portò la Commissione ad aprire una procedura di infrazione contro l'Italia che giunse fino alla pronuncia della Corte di giustizia (sez. II, 7 ottobre 2004, C-247/2002) che dichiarò non conforme al diritto comunitario l'art. 21, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, nella parte in cui non consentiva alle amministrazioni aggiudicatrici, nelle procedure aperte e ristrette, di scegliere caso per caso tra il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Questa sentenza portò lo stesso legislatore delegante a prevedere uno specifico criterio direttivo nella norma di delega per il recepimento della direttiva 2004/18 e 17 (art. 25 della legge 62/2005) al

fine di adeguare, nel recepimento, il nostro ordinamento tenendo conto di quanto stabilito dai giudici europei.

Il Codice, ponendosi in linea con la direttiva e aderendo al dettato della sentenza comunitaria, indica due soli criteri, quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, lasciando alle stazioni appaltanti la scelta tra i due criteri di aggiudicazione, nel rispetto dei principi della sentenza della Corte di Giustizia CE.

Si parla, quindi di liberalizzazione dei criteri di aggiudicazione, anche se non si tratta di una liberalizzazione "selvaggia" in quanto le stazioni appaltanti devono comunque scegliere il criterio di aggiudicazione tenendo conto delle caratteristiche e dell'oggetto del contratto.

Una importante novità è recata dal comma 3 che consente alla stazione appaltante, in presenza di una offerta formalmente valida, di scegliere, dopo averla comparata con le altre ed averla valutata come la migliore, di non ritenerla comunque appropriata o conveniente e, pertanto, di non procedere all'aggiudicazione.

Nel merito è poi l'**articolo 82** a definire nel dettaglio il criterio del prezzo più basso, che può essere determinato, per i contratti a misura, o mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara o mediante offerta a prezzi unitari; per i contratti a corpo il prezzo più basso verrà invece determinato mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara, ovvero mediante offerta a prezzi unitari; infine per i contratti che devono essere stipulati a corpo e a misura si utilizzerà l'offerta a prezzi unitari.

L'**articolo 83** tratta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il quale tende a prendere in considerazione una pluralità di elementi di valutazione che vengono definiti dalla norma del Codice, che scrupolosamente si attiene alla direttiva 2004/18, a titolo esemplificativo in dodici elementi fra i quali si segnalano come novità il pregio tecnico, le caratteristiche ambientali, il costo di utilizzazione e manutenzione.

Si tratta, come accennato, di elementi che in via esemplificativa vengono descritti dalla norma; ciò non toglie ovviamente che la stazione appaltante non ne possa indicare anche altri ma deve attenersi alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto da affidare. Da notare che per le concessioni a quelli già previsti dalla norma devono aggiungersi altri possibili elementi di valutazione che sono descritti alla lettera o) del comma 1.

Nel bando di gara devono poi essere precisati i "pesi" di questi elementi, quanto cioè valgono ognuno, anche prevedendo una soglia minima e massima che deve sempre essere "appropriata".

La norma ammette possibilità, per la commissione di gara, di specificare i criteri di valutazione previsti nel bando, scindendoli in sub voci, cui attribuire sub pesi e sub punteggi.

Tale possibilità potrà essere utilizzata dalla commissione secondo margini piuttosto ristretti in quanto è stata già annunciata, sul punto, una condanna dell'Italia, su rinvio pregiudiziale di Cons. Stato, sez. VI, 9 luglio 2004, n. 5033 che ha rimesso alla Corte di giustizia alcune questioni di compatibilità comunitaria della normativa nazionale in tema di offerta economicamente più vantaggiosa, nella parte in cui lascia margine alle scelte discrezionali della commissione nella specificazione dei criteri di valutazione previsti dal bando.

Il comma 5 tiene conto della circostanza che nell'ordinamento italiano si tende a circoscrivere il margine di discrezionalità nella individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attraverso metodologie che consentono di individuare l'offerta migliore con un unico parametro numerico finale.

L'**articolo 84** disciplina le commissioni giudicatrici nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; si tratta di una norma che estende a tutti i contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, quanto previsto dall'articolo. 21 della legge. n. 109 del 1994. La previsione si applica soltanto quando deve effettivamente essere costituita una commissione giudicatrice con determinate caratteristiche di professionalità e ciò è proprio il caso di quando si aggiudica utilizzando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Evidentemente con la “liberalizzazione” dei criteri di aggiudicazione ciò avverrà più spesso che in passato.

Il Codice con questa disposizione regola gli aspetti essenziali relativi alla composizione e all’operato della commissione, mentre gli aspetti di dettaglio relativi al procedimento che la commissione segue e alle modalità di nomina dei commissari, sono demandati al regolamento (al riguardo si nota come debba ritenersi vigente, in quanto compatibile, l’articolo 92 del d.p.r. n. 554 del 1999).

Rispetto alla norma della Legge Merloni l’articolo 84, ai commi 4 e 5 rende meno rigide le incompatibilità per i commissari in esso previste, facendo riferimento alla riduzione del tempo di durata delle incompatibilità stesse.

Gli **articoli da 86 a 88**, nel recepire l’articolo 55 della direttiva 2004/18, disciplinano la materia delle offerte anormalmente basse che adesso sostituisce una serie di disposizioni del nostro ordinamento che erano contenute in fonti diverse (art. 21, comma 1 bis, l. n. 109 del 1994; art. 64, comma 6 e art. 91, comma 4, d.p.r. n. 554 del 1999; art. 19, d.lgs. n. 358 del 1992; art. 25, d.lgs. n. 157 del 1995; art. 25, d.lgs. n. 158 del 1995).

Va ricordato come la normativa italiana sia stata più volte censurata dalla Corte di giustizia per quanto attiene alla disciplina delle offerte anomale.

La Corte di Giustizia già nel novembre del 2001 aveva, ad esempio, sottolineato che la stazione appaltante deve essere posta in condizione di individuare con equo apprezzamento ulteriori casi di offerte da sottoporre al giudizio di congruità di cui all’art. 55 della direttiva 2004/18/CE e di ciò si trova traccia nell’articolo 88, comma 6 del Codice.

Così opportunamente il Codice esclude ogni forma di automatismo dell’esclusione delle offerte che superino la soglia di anomalia, subordinando ogni scelta al riguardo agli esiti della fase di verifica svolta in contraddittorio con la ditta concorrente.

Si rinvia, invece, per gli appalti sotto soglia all’art. 122 comma 9 che, diversamente da quanto previsto per i contratti di rilevanza comunitaria, ammette per le stazioni appaltanti l’utilizzo dell’esclusione automatica delle offerte anomale.

La normativa del Codice, nel prendere atto delle reprimende comunitarie, ha il merito di uniformare le disposizioni e le procedure in tema di determinazione delle soglie di anomalia ed il successivo svolgimento della verifica in contraddittorio delle giustificazioni fornite, generalizzando in via tendenziale le disposizioni dettate in materia di appalti di lavori dall’art. 21, comma 1-bis della legge n. 109. Ciò ha come effetto quello di ammettere anche nelle forniture e nei servizi il sistema del c.d. “taglio delle ali”, con l’esclusione dal calcolo della soglia di anomalia, del dieci per cento rispettivamente delle offerte con maggior ribasso e di quelle con minore ribasso (art. 86, comma 1). La verifica del carattere anormalmente offerto dell’offerta è possibile sia per il criterio del prezzo più basso, sia per quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Come già statuito dalla Corte di giustizia, il Codice prevede che il criterio automatico di individuazione delle offerte sospette non sia un criterio esclusivo, potendo l’amministrazione aggiudicatrice sottoporre a verifica ulteriori offerte che ritenga, motivatamente, sospette.

Si precisa che non si può utilizzare il criterio automatico di individuazione delle offerte sospette (taglio delle ali) se le offerte in gara (valide e ammissibili) sono meno di cinque, salva la possibilità anche in tale ipotesi per la stazione appaltante di verificare le offerte sospette.

Va segnalata anche la previsione di cui al comma 4 dell’art. 88 che istituisce a livello generale il c.d. “preavviso di rigetto” di cui all’articolo 10-bis della legge n. 241 del 1990, stabilendo che “prima di escludere l’offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l’offerente con un anticipo non inferiore a cinque giorni lavorativi e lo invita ad indicare ogni elemento che ritenga utile”.

L’esclusione non è mai automatica ma occorre verificare le offerte sospette con un contraddittorio successivo alla presentazione delle offerte medesime. Occorre poi procedere a verifica completa di

tutte le componenti dell'offerta e considerare le giustificazioni che, all'articolo 87 vengono aa titolo esemplificativo previste.

L'**articolo 89**, nel sostituire alcune norme nazionali (art. 6, commi 5 – 8, l. 24 dicembre 1993, n. 537; art. 13, d.p.r. 18 aprile 1994, n. 573) che vengono di conseguenza abrogate, disciplina gli strumenti di conoscenza, per le amministrazioni aggiudicatrici, del miglior prezzo di mercato.

## **10. La Progettazione interna ed esterna, i livelli della progettazione, gli affidamenti e i concorsi**

Le norme che vanno **dall'articolo 90 all'articolo 98** riproducono buona parte delle norme previste dalla legge quadro sui lavori pubblici in materia di affidamento di incarichi di progettazione, livelli di progettazione e di "progettazione interna", svolta cioè dalle amministrazioni con i propri uffici tecnici.

L'**articolo 90** definisce i soggetti abilitati alla progettazione e distingue fra progettazione "interna" ed "esterna".

Vi sono infatti due tipologie di progettisti: quelli pubblici (si può parlare in questo caso di «progettazione interna») e quelli privati (si parla al riguardo di progettazione «esterna» all'amministrazione).

Per quel che riguarda i progettisti pubblici la disposizione richiama gli uffici tecnici delle stazioni appaltanti, gli uffici consortili per la progettazione e la direzione dei lavori (appositamente costituiti da amministrazioni locali ai sensi degli articoli 30-32 della l. n.267/2000 soprattutto al fine di incentivare modalità di progettazione «associata» da parte di piccole entità locali) e gli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le amministrazioni aggiudicatrici possono avvalersi per legge.

Il comma 4 obbliga i dipendenti dell'amministrazione abilitati all'esercizio della professione alla firma dei progetti redatti all'interno delle strutture tecniche delle amministrazioni. Il funzionario che firma il progetto dovrà avere superato l'esame di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, ma non è necessario che sia iscritto all'albo professionale. La stessa disposizione prevede poi che i progettisti pubblici che abbiano un rapporto a tempo parziale non possono svolgere incarichi professionali nell'ambito territoriale dell'ufficio di appartenenza.

Dopo avere indicato i soggetti pubblici che possono provvedere allo svolgimento delle attività tecnico-progettuali previste dalla legge, il Codice elenca gli altri soggetti che possono risultare affidatari di incarichi.

Si tratta dei liberi professionisti, singoli o associati nelle forme previste dalla l. n. 1815/1939 (che possano essere anche "restauratori" laddove l'intervento abbia come oggetto un intervento di restauro), delle società di professionisti, delle società di ingegneria, dei raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti cui si applicano, «in quanto compatibili» le norme di cui all'art. 37 del Codice, nonché dei consorzi stabili di società di ingegneria e di società di professionisti.

Va notato che per le società di ingegneria è scomparsa nel Codice la norma che impone ad esse la nomina del direttore tecnico, ma si deve comunque ritenere ancora del tutto vigente l'obbligo dal momento che il Dpr 554/99, all'art. 63, prevede tale obbligo (la norma appare del tutto compatibile con la disposizione del Codice)

Le condizioni che legittimano il ricorso a terzi da parte delle stazioni appaltanti sono espressamente elencate dal comma 6° e riguardano i casi di accertata (dal responsabile del procedimento) carenza di organico specializzato nella pubblica amministrazione, nonché di difficoltà di rispettare i tempi della programmazione o di svolgere le funzioni di istituto, o ancora in caso di complessità delle

opere o di loro particolare rilevanza architettonica o ambientale o per progetti «integrali». È sufficiente la presenza anche di una sola di queste condizioni per legittimare il ricorso a tecnici esterni.

Il progettista ha l'obbligo di indicare il nominativo del progettista e del tecnico incaricato dell'integrazione fra le diverse prestazioni specialistiche già in fase di offerta.

Importante è anche il divieto (comma 8 dell'articolo 90) per il progettista incaricato di partecipare alla gara per l'aggiudicazione dei lavori dell'opera progettata, divieto valevole anche per le imprese controllate o collegate.

L'affidatario, sia esso società di professionisti o società di ingegneria, dovrà scegliere, quindi, se candidarsi alla redazione del progetto, ovvero alla esecuzione dei lavori. Va rilevato come tale divieto sia stato esteso anche ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico, ai suoi collaboratori e agli affidatari degli incarichi di supporto al responsabile del procedimento

### **Le regole per gli affidamenti esterni**

L'**articolo 91** prescrive le regole procedurali di carattere generale per gli affidamenti di incarichi di progettazione.

Va premesso che le regole per gli affidamenti di incarichi di progettazione hanno subito, nel corso dell'iter di messa a punto del testo, diverse modifiche.

Inizialmente era infatti previsto che per gli incarichi di importo superiore a 154.000 euro si procedesse applicando le procedure comunitarie, mentre al di sotto di questa soglia si dovesse scegliere i progettisti nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza, concorrenza e non discriminazione.

Successivamente l'importo dei 154.000 fu portato a 211.000 euro (l'attuale soglia di applicazione delle norme comunitarie prevista dalla vigente direttive 2004/18/CE per gli appalti di servizi, compresi quelli di ingegneria e architettura). Con questa modifica si otteneva il risultato per cui tutti gli incarichi di rilevanza nazionale sarebbero finiti nel *mare magnum* della discrezionalità amministrativa delle stazioni appaltanti che, pur rispettando i generici principi comunitari, avrebbero finito per affidare le commesse in maniera sostanzialmente molto "libera".

Certamente sarebbe del tutto saltata l'attuale normativa che prevede fino a 100.000 euro l'affidamento secondo i principi del Trattato europeo in precedenza citati, ma da 100.000 alla soglia comunitaria prevede (artt. 63 e seguenti del Dpr 554/99) l'affidamento secondo una licitazione privata con aggiudicazione attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Successivamente il Governo, su pressione soprattutto del Ministero delle infrastrutture, ha rettificato nuovamente la norma prevedendo che la soglia di applicazione della normativa comunitaria fosse individuata nei 100.000 euro.

La nuova norma, però, introduce anche una novità, tendenzialmente positiva, e cioè il fatto che per questi affidamenti sotto i 100.000 euro la stazione appaltanti sceglierà il progettista, sempre secondo i principi comunitari di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, ma anche seguendo la procedura prevista da un'altra norma del Codice, l'articolo 57, comma 6.

Pertanto al di sopra dei 100.000 euro di importo stimato dell'incarico si applicano le procedure e i sistemi di aggiudicazione già descritti in precedenza nella parte dedicata ai contratti di rilevanza comunitaria, mentre per gli affidamenti di importo inferiore ai 100.000 euro le stazioni appaltanti procederanno applicando la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6 del Codice.

La norma dell'articolo 56 prevede che la stazione appaltante debba invitare almeno cinque soggetti, "se sussistono in tale numero aspiranti idonei".

Se si va però a leggere la norma richiamata si nota come alcuni punti, in sede pratica, siano effettivamente ben poco chiari. Innanzitutto l'articolo 57, comma 6 precisa che l'amministrazione individua "gli operatori da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico- finanziaria e tecnico-organizzativa desunte dal mercato".

Escluso che la norma imponga la pubblicazione di un bando di gara con dei requisiti minimi che corrispondano alle citate caratteristiche (visto che non se ne fa parola ma si parla di "individuazione" sul "mercato"), appare poco chiaro, in assenza di un sistema di qualificazione come è quello esistente nel settore dei lavori pubblici, da quali fonti le stazioni appaltanti possano dedurre queste informazioni.

Desumere le informazioni "dal mercato" appare certamente non agevole, anche e soprattutto perché non è neanche stato chiarito se si tratti di un mercato nazionale, regionale, provinciale o comunale. A tale riguardo i rischi di una possibile elusione di quei principi comunitari peraltro citati nella norma stessa, sembrano evidenti.

La norma stabilisce poi che l'individuazione deve avvenire anche secondo il principio di "rotazione"; il richiamo a tale principio sembrerebbe fare pensare all'esistenza di una sorta di albi di fiducia della stazione appaltante all'interno dei quali effettuare la rotazione richiesta dalla norma.

Una volta individuati i possibili aspiranti alla commessa, la stazione appaltante ne dovrebbe selezionare almeno cinque. Anche qui appare poco chiaro come si debba effettuare questa selezione, seguendo quali criteri, e quali garanzie potranno avere i soggetti non selezionati anche dal punto della tutela dei loro interessi legittimi azionabili in sede giurisdizionale. La norma precisa inoltre che l'affidamento avverrà al "prezzo più basso" (inutilizzabile come criterio nella progettazione visto che vigono i minimi tariffari) o al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa previa verifica dei requisiti di qualificazione previsti per i contratti di pari importo (non previsti nel Codice per gli incarichi sotto soglia).

A queste perplessità si aggiungono quelle relative al richiamo previsto dall'art. 91, comma 1 alle norme sui contratti "sotto soglia" del Codice, richiamo effettuato probabilmente per chiarire che da 100.000 a 211.000 euro non si deve procedere a pubblicazione sopranazionale, essendo sufficiente la pubblicità nazionale.

Infine va considerato che il Codice, nelle norme transitorie, afferma che fino all'emanazione del regolamento attuativo si continua ad applicare "in quanto compatibile" il Dpr 554/99 che ha una articolata disciplina sugli incarichi di progettazione.

Appare quindi anche possibile che, per la fascia di incarichi da 100.000 a 211.000 euro la compatibilità con il Dpr 554/99 possa portare a ritenere ancora applicabile la licitazione privata prevista dagli articoli 63 e seguenti. Tale procedura appare infatti del tutto compatibile con le norme del Codice in materia di contratti di rilevanza comunitaria stante il fatto che le stazioni appaltanti applicherebbero una procedura ad evidenza pubblica che garantisce i principi di trasparenza, concorrenza e pubblicità in misura uguale o simile a quelle previste dalle norme di derivazione comunitaria.

Sempre nell'articolo 91 vengono riprodotte le norme dell'articolo 17 della legge quadro sui lavori pubblici concernenti il divieto di subappalto (comma 3), la regola generale per cui la progettazione definitiva ed esecutiva devono essere affidate normalmente unitariamente (comma 4).

In sostanza la progettazione definitiva e esecutiva devono «di norma» essere affidate allo stesso progettista, tranne che sussistano ragioni contrarie motivate dal responsabile del procedimento. La norma riproduce anche l'obbligo di valutare in via prioritaria l'esperibilità del concorso di progettazione per determinate tipologie di opere (rilevanti dal punto di vista architettonico, ambientale, storico-artistico e tecnologico, comma 5), la possibilità di affidare unitariamente la progettazione e la direzione lavori, quando di importo superiori, complessivamente, alla soglia comunitaria soltanto se è stata prevista tale possibilità nel bando di gara di progettazione (comma 6), l'affidamento interno per le società di ingegneria che fanno parte di un gruppo a condizione che fatturino almeno l'80% alla casa-madre (comma 7) e il divieto di affidare incarichi con procedure diverse da quelle previste dal Codice (comma 8).

L'**articolo 92** riproduce le norme contenute negli artt. 17 e 18, della legge n. 109 del 1994 relative agli incentivi per la progettazione interna (commi 5 e 6) e le norme in materia di corrispettivi professionali che vanno lette anche in coordinamento con l'articolo 253, comma 17 che, in attesa dell'emanazione del nuovo regolamento sulla tariffa professionale, fa salva l'applicazione del d.m. 4 aprile 2001 che ha integrato e adeguato il livelli della tariffa di cui alla legge 143/49.

Viene anche ribadito il divieto di subordinare i corrispettivi all'avvenuto finanziamento dell'opera.

L'**articolo 93** riproduce fedelmente l'articolazione dei livelli progettuali in tre momenti distinti: preliminare, definitivo ed esecutivo, già contenuta nell'articolo 16 della Legge Merloni; va segnalato che queste disposizioni devono ritenersi integrate dalle relative norme sui livelli progettuali dettate dal Dpr 554/99 che sul punto è, ovviamente, del tutto compatibile con le norme del Codice, così come erano compatibili, ovviamente, l'art. 16 della legge 109 e le norme del regolamento (dpr554/99) sui tre livelli progettuali. Va segnalato che è previsto, nell'ambito del progetto definitivo, la presentazione anche dei disegni generali delle soluzioni architettoniche.

L'**articolo 94** è una semplice norma di delega di carattere generale che dà mandato al regolamento attuativo del Codice di definire i livelli e i requisiti dei progetti nei servizi e nelle forniture, ma anche i requisiti di "partecipazione e qualificazione" dei progettisti, con ciò aprendo anche alla possibilità, in futuro, di istituire un sistema di qualificazione per i progettisti analogo a quello previsto per le imprese di costruzioni.

Gli **articoli 95 e 96** raccolgono le disposizioni in tema di verifica preventiva dell'interesse archeologico in sede di progetto preliminare, recate dagli articoli 2 ter, 2 quater, 2 quinquies d.l. 26 aprile 2005, n. 63, conv. l. 25 giugno 2005, n. 109. Non sono state riprodotte le disposizioni in tema di regime transitorio e di copertura finanziaria che dovrebbero quindi essere esonerate dalla sfera di azione della norma di abrogazione finale. Va segnalato che dovranno essere le stazioni appaltanti a procedere alla raccolta della documentazione necessaria a svolgere la verifica archeologica preventiva.

Gli **articoli 97 e 98** si occupano di disciplinare la materia dell'approvazione dei progetti stabilendo innanzitutto un rinvio alla legge 241/90 e alle norme regionali in materia, unitamente a quelle sulla conferenza dei servizi di cui alla citata legge 241.

Più specifico è invece l'articolo 98 che fa salvi gli effetti delle norme in vigore in materia di approvazione dei progetti a fini urbanistici ed espropriativi. In sostanza la norma del Codice intende

raccordare la dichiarazione di pubblica utilità che deriva dall'approvazione del progetto definitivo, con la necessità che l'opera progettata sia localizzata nello strumento urbanistico. Se non lo è, occorre apportare una variante allo strumento urbanistico. Nelle more, non decorre l'efficacia (quinquennale) della dichiarazione di pubblica utilità (v. articoli 12 e 19, t.u. espropriazioni) 1994.

## **I Concorsi di progettazione**

Le norme comprese fra l'articolo 99 e il 110 regolano la materia dei concorsi di progettazione che nella direttiva 2004/18 è disciplinata in alcune importanti e per certi versi innovative disposizioni (articoli 66-74) che vengono recepite dal Codice con l'aggiunta anche di alcune disposizioni del Dpr 554/99 che vengono riprodotte nell'articolato.

Dopo avere indicato le soglie di applicazione per i concorsi, che poi sono le stesse previste per gli appalti di servizi di ingegneria e architettura, va segnalata la disposizione (comma 3, dell'art. 99) in cui si precisa il livello dei progetti che possono essere richiesti in un concorso in unico grado (al massimo il livello preliminare della progettazione, ma nelle concessioni alla proposta ideativa occorre aggiungere uno studio economico).

Nel concorso in due gradi, ammesso soltanto per interventi di particolare complessità, si può arrivare anche alla progettazione definitiva (nel secondo grado).

La disciplina prevista dal Codice, nel recepire le norme comunitarie, fa sì che, rispetto al quadro delineato in precedenza dalla legge 109/94, dal Dpr 554/99 e dal d. lgs. 157/95, risultino ampliate nettamente le regole che presidiano allo svolgimento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee (ai quali si applica l'art. 108 che richiama le norme sui concorsi di progettazione in quanto compatibili e per i quali si richiede soltanto una proposta ideativa).

A tale proposito va segnalato come nel Codice si ammetta la possibilità che possano essere affidate ai vincitori dei concorsi (di idee e di progettazione), in via diretta, il contratto che ha ad oggetto lo sviluppo dei successivi livelli progettuali.

Per il concorso di progettazione è sufficiente che tale possibilità sia prevista nel bando di gara e che l'importo dei successivi livelli progettuali sia stato comunque conteggiato al momento della pubblicazione del bando di concorso.

Per i concorsi di idee il Codice consente alle stazioni appaltanti di procedere all'affidamento con procedura negoziata senza bando di gara dello sviluppo progettuale dell'idea premiata, ma a condizione che questa facoltà sia espressamente indicata nel bando di gara e che il vincitore del concorso, a patto che abbia i requisiti progettuali richiesti per lo sviluppo dei livelli progettuali conseguenti alla proposta presentata.

Le norme sui concorsi non si applicano agli appalti "segreti", o alle procedure disciplinate da norme internazionali e ai "settori speciali" che hanno una loro disciplina ad hoc.

Vengono richiamate le disposizioni sulla pubblicazione dei bandi, che quindi si applicano anche ai concorsi di progettazione, così come anche la normativa relativa alle comunicazioni si applica a tutte le comunicazioni relative ai concorsi di progettazione.

Una delle novità riguarda la precisazione che possono non essere pubblicate le informazioni relative all'aggiudicazione di concorsi di progettazione 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 concorrenti.

Si specifica che deve essere comunque garantita l'integrità dei dati e la riservatezza di qualsiasi informazione trasmessa dai partecipanti al concorso.

Per quel che riguarda la possibilità di applicare dispositivi di ricezione elettronica dei piani e dei progetti, si precisa che devono essere messe a disposizione degli interessati le informazioni riguardanti le specifiche necessarie alla presentazione di piani e progetti per via elettronica,

compresa la cifratura, mentre i dispositivi di ricezione elettronica dei piani e dei progetti devono essere conformi ai requisiti dell'allegato X della direttiva stessa.

Non è inoltre consentito alla commissione giudicatrice di prendere visione del contenuto dei piani e dei progetti prima della scadenza del termine previsto per la loro presentazione.

Le commissioni giudicatrici, "autonoma nelle sue decisioni", esamina i progetti presentati dai candidati in forma anonima.

Si prevede che la commissione, composta anche da professori universitari esperti nella materia oggetto del concorso, debba riportare in un apposito verbale le scelte effettuate "secondo i meriti di ciascun progetto", nonché tutte le osservazioni e le richieste di precisazione.

Viene affermato anche il principio generale per cui l'anonimato deve essere rispettato fino al parere o alla decisione della commissione giudicatrice.

I candidati possono poi essere chiamati a chiarire le proprie proposte rispondendo a quesiti della commissione messi a verbale in precedenza.

I concorsi di progettazione e i concorsi di idee di importo inferiore alla soglia comunitaria devono essere espletati nel rispetto dei principi del Trattato in tema di trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità.

## **11. Le garanzie e le verifiche della progettazione**

In questa parte del Codice (**articoli 111 e 112**) non si recepiscono norme delle direttive appalti pubblici ma si riproducono le disposizioni della legge Merloni.

**L'articolo 111** recepisce con adattamenti l'art. 30, comma 5, l della legge quadro sui lavori pubblici che prevede l'obbligo per il progettista di stipulare una polizza assicurativa a copertura dei danni conseguenti ad errori o omissioni progettuali.

La norma demanda al regolamento la disciplina delle garanzie dovute dai progettisti negli appalti di servizi e forniture, stabilendo una soglia minima al di sotto della quale non sono dovute garanzie.

**L'articolo 112** conferma la disciplina della cosiddetta "validazione" dei progetti contenuta nell'art. 30, comma 6 della legge 109/94 e in tre articoli del Dpr 554/99 (artt. 47-49) che continueranno ad applicarsi finché non arriverà il nuovo regolamento.

A tale proposito va ricordato che fino all'ultimo è stata tentata l'introduzione all'interno del Codice dei contenuti di una bozza di regolamento del Ministero delle infrastrutture in materia di verifica e validazione dei progetti che avrebbe completato il quadro normativo dando anche seguito a quella delega contenuta proprio nell'articolo 30, comma 6.

L'operazione è però sfumata e, quindi, occorre stare alla disciplina, scarna, contenuta in questa norma.

Rispetto a quanto previsto nell'art. 30 comma 6, ove si prevede la verifica dei progetti prima dell'inizio delle procedure di affidamento, nel Codice sono previste diverse scadenze temporali della verifica della progettazione, a seconda che la stessa sia separata dall'appalto di lavori, o ne formi oggetto insieme all'esecuzione.

Viene riprodotta la delega al regolamento di disciplinare la verifica della progettazione negli appalti di servizi e forniture, verifica finora non prevista. Gli oneri necessari alla verifica dei progetti devono essere ricompresi nello stanziamento dell'intervento

Si disciplina anche l'accertamento in contraddittorio della conformità del progetto allo stadio progettuale precedente ricalcando la disciplina all'uopo dettata dall'articolo 19, comma 1 ter, della legge 109/1994.

## **12. La programmazione, la direzione e l'esecuzione dei lavori**

Il titolo terzo del Codice inizia con una serie di norme dedicate all'organizzazione della Pubblica Amministrazione che sono in prevalenza riprodotte di alcuni articoli della legge quadro sui lavori pubblici. Si tratta di norme che, in base all'**articolo 126** del Codice, devono essere sempre applicate ad eccezione di quelle sulla programmazione quando riguardano opere di importo inferiore a 100.000 euro.

L'**articolo 127** riproduce l'art. 6, l. n. 109 del 1994 in materia di Consiglio Superiore dei lavori pubblici confermando l'ambito di competenza dell'organo consultivo: progetti definitivi di lavori, di competenza statale o comunque i per più del 50% dallo Stato di importo superiore a 25 milioni di ECU, ma anche su altri progetti che altre stazioni appaltanti decidono di sottoporre alla valutazione dell'organo consultivo. Per i lavori pubblici di importo inferiore a 25 milioni le competenze sono invece dei S.I.I.T. (Servizi integrati infrastrutture e trasporti)

Per quel che riguarda la natura del parere reso dal Consiglio non dovrebbero esservi dubbi sul fatto che si tratti di un tipico atto dovuto. Vengono anche stabilite le condizioni in presenza delle quali le adunanze delle sezioni e dell'assemblea generale del Consiglio sono valide: è necessaria la presenza di un terzo dei componenti e i pareri sono validi quando deliberati con il voto favorevole della maggioranza assoluta dei presenti all'adunanza.

Il Consiglio Superiore è tenuto a trasmettere il proprio parere: 45 giorni dalla trasmissione del progetto. Decorso però questo termine il procedimento prosegue "prescindendo dal parere omesso" e l'amministrazione provvede a motivare in piena autonomia l'atto che deve emanare. In sostanza si determina una sorta di "silenzio-assenso" che comunque non esonera l'amministrazione titolare del procedimento dal generale obbligo di motivazione dell'atto che deve adottare, in ottemperanza a quanto previsto dalla legge 241/90.

L'**articolo 128** nel riprodurre l'art. 14 della legge Merloni, disciplina la materia della **programmazione dei lavori pubblici**.

Il programma triennale dei lavori pubblici, viene confermato come elemento fondamentale dell'iter programmatico ed è previsto che sia aggiornato annualmente. È documento attuativo di studi di fattibilità e di identificazione e quantificazione dei propri bisogni che le stazioni appaltanti devono predisporre e approvare in base alla normativa urbanistica vigente, insieme all'elenco dei lavori da eseguire nel corso dell'anno.

Nel programma triennale devono essere indicati prioritariamente i lavori pubblici da realizzare con l'apporto di capitali privati e che conseguentemente appaiano suscettibili di una remunerativa gestione economica; è evidente, quindi, in questo caso la stretta relazione esistente fra la norma in esame e quella sul promotore.

Viene stabilito un meccanismo di pubblicità del progetto di programma e dei suoi aggiornamenti annuali: affissione nella sede dei soggetti aggiudicatori per almeno 60 giorni prima della sua adozione.

È stato eliminato il riferimento all'omessa pubblicità, da parte dell'Osservatorio, dei programmi dei lavori del Ministero della difesa, perché la norma viene riprodotta nello specifico articolo del codice relativo agli appalti della difesa. Viene invece confermata la norma (comma 12) che prevede la trasmissione al CIPE e quella (comma 11) che la pubblicazione sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture

Da notare che nel programma devono essere indicati anche gli immobili pubblici che possono essere alienati anche con riguardo al solo diritto di superficie

Il programma, da predisporre sulla base degli schemi tipo messi a punto dal Ministero delle infrastrutture (d.m. 6 aprile 2001, n. 20), dovrà prevedere un ordine di priorità dando preminenza ai lavori di manutenzione e recupero del patrimonio esistente e ai progetti esecutivi approvati e a quelli finanziati con capitali privati..

L'inclusione di un lavoro nell'elenco annuale è subordinata alla prevista approvazione dello studio di fattibilità per opere di importo inferiore a un milione di euro e della progettazione preliminare, per i

lavori di manutenzione, per i quali è sufficiente l'indicazione degli interventi, accompagnata dalla stima sommaria dei costi, nonchè per quelli di importo superiore a un milione di euro.

L'elenco annuale dei lavori delle opere deve essere approvato dalle amministrazioni aggiudicatrici unitamente al bilancio preventivo e deve indicare i mezzi stanziati nei bilanci o negli stati di previsione.

I lavori non previsti nell'elenco annuale non possono in alcun modo essere finanziati.

**L'articolo 129** in materia di garanzie e coperture assicurative per i lavori pubblici riproduce l'art. 30, commi 3, 4, 7 bis della legge n. 109 del 199 con alcune modifiche.

Si conferma l'obbligo per l'esecutore dei lavori, di produrre una polizza assicurativa sui rischi di esecuzione e l'obbligo di stipula della polizza indennitaria decennale (comma “). Con riferimento a quest'ultima norma, è stato però reintrodotta il certificato di regolare esecuzione come momento fino al quale opera la garanzia (oltre alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio che già era prevista)

o di regolare esecuzione.

Il comma 3 ha messo a punto la delega, finora non ancora esercitata dal Governo, per l'emanazione del regolamento che dovrebbe disciplinare il c.d. “performance bond” o garanzia globale di esecuzione, adeguando il riferimento della legge 109/94 ai «soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, lettere a) e b)», con un rinvio ai contratti aventi ad oggetto lavori, di cui all'art. 32, comma 1, lett. a), b) e c).

Inoltre, con riguardo alle ipotesi di obbligatorietà del sistema di garanzia globale è stato eliminato il riferimento all'art. articolo 19, comma 1, lettera b) della legge 109/94, coerentemente alla scomparsa delle ipotesi tassative predeterminate dalla legge in cui la progettazione può essere affidata insieme all'esecuzione dei lavori, e si è optato per un rinvio ai contratti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori.

**L'articolo 130** riproduce l'articolo 27 della Legge Merloni sulla **direzione dei lavori** confermando l'obbligo di istituire un ufficio di direzione dei lavori e prevedendo le ipotesi di affidamento di queste attività all'esterno della stazione appaltante competente. Da notare che viene effettuato il coordinamento con l'articolo 90, comma 6 che ha limitato, per i contratti sopra soglia, l'ipotesi dell'affidamento congiunto della progettazione e della direzione dei lavori.

Il successivo **articolo 131** è dedicato alla disciplina dei **piani di sicurezza**, già prevista dall'articolo 31 della legge Merloni che richiamava e rinviava alla disciplina del d.lgs. 494 del 1996.

**L'articolo 132** sulle varianti in corso d'opera recepisce l'articolo 25 della legge quadro sui lavori pubblici adeguando l'elenco delle cause che consentono le variazioni in corso d'opera, trasformando la lett. b - *bis*) in lett. c) e coerentemente modificando le lettere seguenti e i rinvii contenuti all'interno dell'articolo.

E' poi stato inserito nel comma 2 un secondo periodo («Nel caso di appalti avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo»), che riproduce il terzo periodo del comma comma 1 *ter* dell'art. 19, della legge n. 109/1994, con ciò coordinando le responsabilità dell'appaltatore negli appalti integrati, quando l'appaltatore ha come propria obbligazione contrattuale la predisposizione del progetto esecutivo. Di conseguenza sarà l'appaltatore a dovere rispondere dei ritardi derivanti dalla necessità di predisporre varianti per carenza del progetto esecutivo che egli ha fornito alla stazione appaltante.

L'**articolo 133** replica i contenuti dell'articolo 26 della Legge Merloni in materia di termini di adempimento, penali, adeguamenti dei prezzi, tenendo conto anche della recente disciplina sul cosiddetto "caro-ferro".

Viene però estesa la disciplina speciale anche alle conseguenze del ritardato adempimento della rata di saldo, dando copertura normativa primaria alla scelta, attualmente di dubbia legittimità, contenuta nell'art. 116, comma 2 del d.p.r. 554/1999.

Rispetto al testo dell'art. 26 l. 109/1994 non è stata riprodotta l'espressa abrogazione, disposta dal comma 2, dell'articolo 26, della legge Merloni, dell'articolo 33, della legge 28 febbraio 1986, n. 41. E' stato infatti ritenuto che sebbene l'effetto abrogativo si sia ormai perfezionato e non venga meno a seguito dell'abrogazione della l. 109/1994, per effetto dell'entrata in vigore del Codice, tuttavia nell'articolo del codice recante le abrogazioni si dovesse ribadire l'abrogazione dell'art. 33, l. n. 41 del 1986.

L'**articolo 134** ripresenta una delle disposizioni del Codice ove si riproduce il testo di una norma del Dpr 554/99 (si tratta dell'articolo 122) e, insieme, della legge fondamentale sui lavori pubblici del 1865 (l'art. 345 della legge 2248/1865 All F, che non era mai stata abrogata.

Si riafferma il potere della stazione appaltante di recedere dal contratto in ogni momento previo pagamento dei lavori eseguiti e del decimo dei lavori non eseguiti.

Anche le successive norme, **dall'articolo 135 all'articolo 138**, riproducono rilegificandoli, gli art. 118, 119 e 120, 121 del d.p.r. 554/1999. La scelta è stata motivata in considerazione della dubbia idoneità della fonte regolamentare ad incidere sulla materia contrattuale. La disciplina regolamentare si sovrappone all'art. 340, 341 l. 2248/1865, all. F e quindi vengono abrogate.

Gli **articoli 139 e 140** riproducono invece due disposizioni della legge 80/2005 sugli obblighi in caso di risoluzione del contratto e sulle procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore. Di particolare interesse la norma che prevede, in caso di fallimento dell'appaltatore o risoluzione del contratto per grave inadempimento intervenuto in una fase in cui i lavori sono stati realizzati per meno del 70%, l'affidamento con procedura negoziata senza bando di gara della rimanente quota di lavori da realizzare

L'**articolo 141** disciplina la materia dei collaudi dei lavori pubblici già prevista dall'articolo 28 della legge 109/94.

Va segnalato che, in ordine alle problematiche inerenti l'esigibilità del termine semestrale per l'ultimazione del collaudo, è stata rimessa al regolamento di attuazione la possibilità di elevare in via generale sino a un anno il termine di ultimazione delle operazioni (quest'ultima previsione, originariamente prevista dall'art. 192 dello schema di regolamento attuativo della l. 109/1994, non fu ammessa al visto dalla determinazione 20/2000 della Corte dei Conti, perché in contrasto con la norma legislativa sopraordinata).

Nel comma 4, che riproduce il comma 4 dell'art. 28 della legge Merloni, non è stato riprodotto l'ultimo periodo, che reca una abrogazione, riportata nelle disposizioni abrogate.

Nei casi di lavori di importo fino a 500.000 euro il certificato di collaudo è sostituito da quello di regolare esecuzione.

### **13. La concessione di lavori pubblici**

Il Codice con gli **articoli** che vanno **dal 142 a 151** mette a punto la disciplina generale in materia di concessione di lavori pubblici di iniziativa pubblica in attuazione di alcune disposizioni della direttiva 2004/18 (artt. 56-65).

In particolare vengono dettate le regole in materia di affidamento delle concessioni, di lavori affidati a terzi da concessionario che sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice e di lavori affidati a terzi da concessionario che non sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice.

Semplificando al massimo i contenuti delle norme, si può dire che per l'affidamento delle concessioni e per la disciplina dei lavori affidati a terzi da concessionari che siano essi stessi delle amministrazioni il Codice prevede che applichi quasi integralmente la disciplina dettata dalla direttiva 2004/18, con alcune limitate deroghe, mentre per i lavori affidati a terzi da un soggetto che non sia un'amministrazione aggiudicatrice il concessionario, scelto in gara, non è tenuto rispettare la direttiva, con talune eccezioni, solo se la soglia dei lavori affidati a terzi è a sua volta pari o superiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria (5.278.000 euro).

I concessionari "privati" applicheranno quindi la parte prima sui principi generali, la quarta sul contenzioso, la parte sui contratti di rilevanza comunitaria che non siano espressamente derogate dalle norme specifiche dettate in questa sezione, nonché le norme sui piani di sicurezza, le varianti in corso d'opera, le penali, il recesso, la risoluzione del contratto e il collaudo.

Sono invece espressamente esclusi: l'articolo 54 sulle procedure di affidamento, il 63 sull'avviso di preinformazione, il 78 sui verbali, il 90 sui vincoli nell'affidamento della progettazione all'esterno, il 92 sugli incentivi in materia di progettazione e il 128 sulla programmazione dei lavori pubblici.

Dal punto di vista dell'ambito di applicazione oggettivo va segnalata la definizione data dall'**articolo 143** che precisa come le concessioni di lavori pubblici abbiano "di regola" ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

Ciò sembrerebbe ammettere la possibilità che la concessione abbia ad oggetto anche altre attività.

Per il resto la disciplina sostanziale ricalca quella dettata dall'articolo 19 della Legge Merloni che prevede la durata massima di trenta anni della concessione, con la possibilità di ampliamento della durata in relazione a determinate condizioni di rischio relativo ai mutamenti delle condizioni di mercato.

E' ammessa la facoltà di corrispondere anche un prezzo, oltre al diritto di gestire l'opera che permette al concessionario di rifarsi dei costi di realizzazione dell'intervento.

Dal punto di vista dei contenuti si ribadisce l'esigenza di un piano economico-finanziario di copertura degli investimenti.

Al comma 10, nel riprodurre l'art. 19, comma 2 quater, non è stata più prevista la società di progetto come soggetto partecipante alla conferenza di servizi, perché la partecipazione della società di progetto alla conferenza di servizi è stata ora codificata nell'art. 14 quinquies, l. n. 241 del 1990, aggiunto dalla l. n. 15 del 2005.

Pertanto il concessionario partecipa alla conferenza di servizi, senza diritto di voto, anche se indice la conferenza di servizi. Il voto spetta sempre al concedente.

Il comma 11 non menziona più i provveditorati regionali opere pubbliche, sostituiti dai SIIT (d.p.r. n. 184/2004).

Di particolare interesse è l'**articolo 144** del Codice che disciplina l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici recependo l'articolo 58 della direttiva 2004/18 e sostituisce l'articolo 20 della legge l. n. 109 del 1994, nonché l'art. 84 del d.p.r. n. 554 del 1999.

Si afferma con chiarezza che l'affidamento delle concessioni deve avvenire sempre con una procedura previo bando e si rinvia alla disciplina generale in tema di pubblicità del bando. Le procedure utilizzabili sono la procedura aperta o quella ristretta.

Non è quindi possibile, come era già previsto nella legge quadro sui lavori pubblici, procedere all'affidamento di una concessione di lavori pubblici tramite la procedura negoziata (o trattativa privata che dire si voglia).

Il richiamo alla procedura aperta e a quella ristretta fa sì che la direttiva comunitaria sia attuata escludendo la procedura negoziata con bando di gara, consentita a livello europeo ma nel Codice non ammessa.

La previsione come unico criterio di aggiudicazione di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (già stabilito dall'art. 20, l. n. 109 del 1994 e dall'art. 84, d.p.r. n. 554 del 1999) ha rappresentato una scelta obbligata dal momento che il prezzo più basso è intrinsecamente incompatibile con la complessità della concessione di lavori pubblici.

L'**articolo 145** recepisce l'articolo 59 della direttiva 2004/18, secondo cui il termine per le candidature, nelle concessioni, non può essere inferiore a 52 giorni, salva la riduzione di sette giorni nel caso di trasmissione elettronica del bando, e salva la regola sul prolungamento dei termini quando capitolato e documenti non sono stati forniti in tempo utile. Il recepimento di questa disposizione porta all'abrogazione dell'art. 84, comma 2, d.p.r. n. 554 del 1999, che disciplina i termini per le candidature e per le offerte.

Con il successivo **articolo 146** viene data attuazione alla norma dell'art. 60 della direttiva 2004/18 e, allo stesso tempo, si integra nel Codice la previsione di cui all'articolo 2, comma 3 della Legge Merloni. In particolare si lascia alla stazione appaltante la possibilità di prevedere nel bando di gara che il concessionario debba appaltare a terzi una quota di lavori (30%) o di chiedere ai concorrenti di indicare quale quota di lavori subappalteranno.

L'**articolo 147** che da attuazione all'articolo 61, pone un limite ai lavori complementari affidabili in via diretta al concessionario.

La disciplina era stata prevista già dall'art. 2, comma 3, ultimo periodo, della Legge Merloni che rinviava alla direttiva 93/37/CEE per quel che riguarda le ipotesi di estensioni dei lavori affidati in concessione e richiedendo il previo aggiornamento della convenzione sulla base di uno schema che dovrebbe predisporre il Ministero delle infrastrutture.

Vengono, quindi, in questa sede ripetuti i casi in presenza dei quali si ammette l'affidamento di lavori complementari (impossibilità di tecnica di separare i lavori complementari dai lavori affidati inizialmente e necessità di perfezionamento dei lavori iniziali). In queste ipotesi il concedente procede all'affidamento al concessionario in via diretta.

Gli **articoli da 148 a 151**, nel recepire gli articoli 62, 63, 64 e 65 della direttiva europea e nel disciplinare un profilo che era regolato dall'articolo 2 della Legge Merloni, stabiliscono i diversi regimi applicabili ai concessionari di lavori pubblici, distinguendo se il concessionario sia o meno un'amministrazione aggiudicatrice.

Se il concessionario è un'amministrazione aggiudicatrice deve applicare integralmente le disposizioni sull'affidamento dei contratti quando, appunto, procede all'aggiudicazione a terzi di appalti pubblici di lavori

Se invece il concessionario non è una amministrazione aggiudicatrice il Codice prevede che debba rispettare, nell'affidamento a terzi di lavori di importo superiore alla soglia comunitaria le disposizioni in materia di pubblicità previste dall'articolo 66 e regola la possibilità di evitare la gara se l'affidamento di lavori avviene all'interno della compagine che si è aggiudicata la gara per l'affidamento della concessione (cioè nell'ambito del raggruppamento o del consorzio) oppure se l'affidamento avviene a società collegate il cui indice rilevatore è rappresentato dall'influenza dominante da parte del concessionario).

Per i concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici viene ribadito l'obbligo di pubblicare un regolare bando di gara per i lavori affidati a terzi e si dettano precisi termini per la ricezione delle domande di partecipazione (37 giorni) e per la ricezione delle offerte o per l'invio dell'invito a presentare le offerte (in entrambi i casi 40 giorni).

Va notato che si prevede una nuova disposizione che afferma l'obbligo per le amministrazioni concedenti di vigilare sul rispetto di questa normativa (affidamento dei lavori da parte dei

concessionari) e di trasmettere all'Autorità "una relazione sulle concessioni affidate a soggetti che non sono amministrazioni aggiudicatrici e sugli appalti da questi affidati a terzi".

Ciò dovrebbe consentire all'organismo di vigilanza un maggiore controllo sul fenomeno concessorio che, stando anche a quanto riportato nella recente segnalazione dell'Antitrust e dell'Autorità di Via di Ripetta su Autostrade, evidenzia alcuni profili che possono avere ripercussioni negative sul complessivo mercato degli affidamenti di lavori.

#### **14. Il Promotore finanziario, la società di progetto**

Gli **articoli da 152 a 160** riportano la disciplina prevista dalla Legge Merloni per la cosiddetta finanza di progetto che, in Italia, si fonda sulla figura del "promotore", istituita con la terza versione della legge quadro sui lavori pubblici (la legge 415/98) e successivamente modificata.

Il Codice, nell'effettuare la ricognizione della disciplina applicabile a questa materia (ciò avviene nell'articolo 152) prevede innanzitutto che le disposizioni in materia di finanza di progetto siano applicabili anche al settore dei servizi, ma in questo caso rimanda la regolamento per la determinazione delle modalità operative. In questo modo si tenta un allargamento dell'ambito di applicazione della disciplina in un settore, quello dei servizi, in cui l'apporto di capitale privato potrà avere, per determinati settori, aspetti largamente positivi sul fronte della riduzione delle spese di gestione dei servizi stessi da parte delle singole amministrazioni.

La stessa norma però pone anche un problema di coordinamento rispetto alla procedura del dialogo competitivo.

Il punto è il seguente: laddove si richiamano le norme di rilevanza comunitaria, e quindi anche le procedure di affidamento, "in quanto non incompatibili", si richiama automaticamente anche la procedura del dialogo competitivo. Il che appare perfettamente coerente con la natura stessa della procedura innovativa prevista dalla direttiva europea e recepita nel Codice all'articolo 58, ma rimane del tutto da verificare come il richiamo a questa disposizione possa essere coerente con la procedura prevista per il promotore, rigidamente articolata in tre fasi (presentazione della proposta e sua valutazione, indizione della gara e successiva procedura negoziata fra promotore e migliori due offerenti). Una soluzione potrebbe essere quella di renderla utilizzabile in alternativa a quella prevista dagli articoli 155 e seguenti.

Dopo avere replicato, con l'**articolo 153**, la disposizione della legge quadro sui lavori pubblici (art. 37 bis) sui promotori (imprese di costruzioni e società di ingegneria, nonché quei soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali stabiliti dal Dpr 554/99), sulle modalità di presentazione delle proposte, sul contenuto degli avvisi che sollecitano le proposte da parte dei promotori, il Codice prede in esame le modalità di valutazione delle proposte recependo integralmente l' art. 37 ter della legge n. 109 del 1994.

Rispetto all'**articolo 155**, che recepisce pressochè fedelmente l'articolo 37 quater della legge Merloni, va segnalato un aspetto innovativo che peraltro è conseguenza delle modifiche introdotte in via generale alla disciplina sulle procedure e sul contenuto dei contratti.

Al comma 1, lettera a, nell'ambito della disciplina sulla gara da indire dopo l'approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, si richiama infatti l'articolo 53, comma 2, lettera c) che, come si ricorderà, stabilisce che il contratto di appalto abbia ad oggetto la progettazione esecutiva e la realizzazione con scelta dell'appaltatore che presenta in gara il progetto definitivo. Tale richiamo deve essere stato effettuato dal momento che il Codice ha abrogato la figura dell'appalto-concorso e, quindi è stato ritenuto opportuno mantenere comunque un meccanismo che sia pure indirettamente potesse consentire ai partecipanti alla gara di andare ben oltre quanto accade oggi quando al massimo si presentano delle varianti al progetto preliminare presentato dal promotore.

Il richiamo all'articolo 53 consente infatti a chi si presenta alla gara anche di produrre un progetto definitivo, con il risultato che il contenuto della concessione non sarà più quello di sviluppare due livelli di progettazione (oltre a eseguire i lavori e a gestire l'opera) ma soltanto un livello, quello esecutivo.

I successivi **articoli da 156 a 160** replicano senza innovare in alcun modo, salvo i richiami alle norme del Codice, gli articoli 37 quinquies (Società di progetto), 37 sexies (emissione di obbligazioni da parte delle società di progetto), 37 septies (risoluzione), 37 octies (subentro) e 37 nonies (privilegio sui crediti) della legge quadro sui lavori pubblici.