

Centro Studi

Consiglio Nazionale Ingegneri

**Le più recenti modifiche al Decreto Legislativo
n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici di lavori,
servizi e forniture)**

*Decreto Legislativo n. 152/2008, Legge n. 201/2008 di
conversione del Decreto Legge n. 162/2008 e Legge n.
2/2009 di conversione del Decreto Legge n. 185/2008*



(c.r. 199 bis)

Roma, luglio 2009



CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

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

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

Presidenza e Segreteria 00187 Roma – Via IV Novembre, 114

Tel. 06.6976701 Fax 06.69767048

www.tuttoingegnere.it



**CENTRO STUDI
DEL CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI**

CONSIGLIO DIRETTIVO

Ing. Romeo La Pietra	Presidente
Ing. Giuseppe Zia	Vice Presidente
Ing. Ugo Gaia	Consigliere
Ing. Guido Monteforte Specchi	Consigliere
Ing. Alberto Speroni	Consigliere
Dott. Massimiliano Pittau	Direttore

COLLEGIO DEI REVISORI

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

Sede: Via Dora, 2 - 00198 Roma - Tel. 06.85354739, Fax 06.84241800

www.centrostudicni.it

Il presente documento è stato redatto dall'avv. Lorenzo Passeri.

Indice

Premessa e sintesi di <i>Romeo La Pietra</i>	Pag.	1
1. Nozione di lavori pubblici, locazione finanziaria, partenariato pubblico privato (PPP)	“	4
2. Comunicazione delle specifiche tecniche, appalti internazionali	“	8
3. Contratti misti	“	10
4. Appalti nei settori speciali	“	11
5. Opere di urbanizzazione a scomputo	“	12
6. Tipologie dei soggetti affidatari di pubblici appalti	“	17
7. Subappalto per opere speciali	“	18
8. Requisiti di partecipazione, avvalimento	“	20
9. Dialogo competitivo	“	23
10. Termini delle procedure di aggiudicazione	“	25
11. Incarichi di progettazione e altre attività tecniche	“	26
12. Collaudo	“	27
13. Requisiti di qualificazione	“	33
14. Corrispettivi incarichi di progettazione	“	35
15. Incentivo per i tecnici dipendenti pubblici	“	38
16. Aggiudicazione	“	42
17. Assicurazione per i tecnici incaricati della verifica della progettazione	“	44
18. Procedura negoziata per gli appalti d'importo inferiore alla soglia comunitaria	“	45
19. Adeguamento prezzi dei materiali	“	47
20. Project financing	“	53
21. Livelli progettuali da porre a base di gara	“	64



Premessa e sintesi

Nonostante due decreti di modifica (D.Lgs. n. 6/2007 e D.Lgs. n. 113/2007) e l'*imprimatur* della Corte Costituzionale (sent. n. 401/2007), nel corso del 2008 e dei primi mesi del 2009 il Codice dei contratti (D.Lgs. n. 163/2006) è stato oggetto di ulteriori (e consistenti) innovazioni ad opera principalmente del D.Lgs. n. 152 dell'11 settembre 2008¹ (definito comunemente "terzo correttivo") e, più marginalmente, della Legge n. 201/2008 di conversione del Decreto Legge n. 162/2008 e della Legge n. 2/2009 di conversione del Decreto Legge n. 185/2008.

Il nuovo correttivo era, in parte, necessario per adeguare il Codice dei contratti alle prescrizioni della Commissione europea (segnalate nella procedura di infrazione n. 2007/2329) e rispondere ad alcune sentenze di censura della Corte di Giustizia.

In verità la "terza modifica" al Codice dei contratti ha rappresentato lo spunto per una riorganizzazione (l'ennesima) della normativa settoriale in funzione dell'esigenza di "*rilanciare un grande cantiere Italia, ispirandosi alle regole di trasparenza, effettività della concorrenza, ma soprattutto libertà economica, efficacia ed efficienza*"².

La "novella" è, sostanzialmente, tesa a incentivare e premiare l'intrapresa e la promozione privata nel settore dei lavori pubblici "*che, come si evince dai dati dell'osservatorio dei lavori pubblici, ha generato investimenti per oltre 25 miliardi di euro nel periodo di vigenza della norma*".

Principale oggetto del D.Lgs. n. 152/2008 è, dunque, la riforma del *project financing*, ormai uniformato al modello anglosassone.

¹ Pubblicato nella GURI – S.O. del 2 ottobre 2008 ed entrato in vigore il 17 ottobre 2008.

² Così la Commissione ambiente della Camera dei deputati nel parere reso, sullo schema di Decreto, il 29.07.2008.



Il D.Lgs. n. 152/2008, modificando l'art. 92 del Codice, introduce anche una innovazione estremamente penalizzante per i professionisti che partecipano all'affidamento dei bandi di progettazione e degli altri servizi tecnici.

Il combinato disposto delle modifiche apportate dal D.Lgs. 152/2008 determina il fatto che le stazioni appaltanti non siano più obbligate a stabilire gli importi da porre a base per l'affidamento degli incarichi di progettazione utilizzando come riferimento i corrispettivi di cui al 2° comma del novellato art. 92 del Codice; il ricorso a tali corrispettivi per la determinazione degli importi da porre a base d'asta è ora possibile soltanto se essi saranno **“motivatamente ritenuti adeguati”** dalla stessa stazione appaltante.

Il D.Lgs. 152/2008 sancisce, di fatto, **l'inutilità dei corrispettivi** di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 92 del Codice, in quanto non più vincolanti come “minimi” tariffari e nemmeno più necessari per la definizione degli importi da porre a base d'asta negli affidamenti di progettazione.

Ciò è ancora di più paradossale se si pensa che per i lavori (a corpo o a misura) la base d'asta resta determinata facendo riferimento a prezziari regionali (di cui all'articolo 133 del Codice) aggiornati annualmente.

In realtà, le risultanze del monitoraggio sui bandi di progettazione aggiudicati successivamente all'avvento della libera ribassabilità dei “minimi” tariffari, dimostrano inoppugnabilmente non soltanto il manifestarsi di ribassi del tutto anomali (con ribassi medi intorno al 40% e ribassi massimi anche del 90%) ma l'inutilità di tali misure per contenere il costo della realizzazione delle opere pubbliche.



Occorre ricordare, allora, che il nostro paese ha già sperimentato³, dal 1977 al 1989, la liberalizzazione dei compensi per gli incarichi di progettazione nel settore dei lavori pubblici; liberalizzazione risultata, anche allora, fallimentare in termini di qualità delle prestazioni ed antieconomica per l'esplosione dei costi di realizzazione delle opere; a tale esperienza il legislatore ha posto fine nel 1989 con il comma 12-bis dell'articolo 4 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155 che ha introdotto un limite massimo (pari al 20%) ai ribassi praticabili rispetto alle tariffe professionali nell'ambito degli affidamenti pubblici.

Limite che, insieme all'obbligo per le stazioni appaltanti di individuare la base d'asta per gli incarichi di progettazione mediante il ricorso ai corrispettivi di cui attualmente al D.M. 4 aprile 2001, deve essere immediatamente reintrodotta.

Romeo La Pietra

³ L'art. 6 della Legge 1 luglio 1977, n. 404, seppur inserito in una legge concernente l'edilizia carceraria, fu inteso dalla giurisprudenza come disposizione ad efficacia generale (Cass. II, 8 ottobre 2004, n. 20039); esso ha interpretato autenticamente la Legge 5 maggio 1976, n. 340 e ha ristretto (per motivi di contenimento della spesa pubblica) "ai rapporti tra privati" la prevista inderogabilità delle determinazioni tariffarie. Di fatto dal 1977 sono stati liberalizzati i compensi di ingegneri e architetti per le prestazioni erogate alla pubblica amministrazione. Successivamente è intervenuto l'art. 4, comma 12 *bis* del D.L. 4 marzo 1989, n. 65, convertito in legge 26 aprile 1989, n. 155, che autorizzava, nell'ambito dei rapporti dei professionisti in questione a favore dello Stato e degli enti pubblici, e comunque per le opere finanziate dall'erario, la riduzione degli importi tariffari nei limiti massimi del 20%.



1. Nozione di lavori pubblici, locazione finanziaria, partenariato pubblico privato (PPP)

Una prima modifica apportata dal D.Lgs. n. 152/2008 concerne l'**art. 3 del Codice dei contratti** ed in particolare il suo **comma 8**, con l'inserimento del riferimento ai "*lavori di cui all'Allegato I*" che sostituisce l'inciso "*genio civile*" presente nella versione previgente; tale inciso, infatti, sembrava poter limitare l'efficacia della nozione di "lavori pubblici" recata dal citato art. 3, comma 8 del Codice, ai soli lavori di genio civile. La modifica apportata ricomprende tutti i lavori dell'allegato I, e non solamente quelli di "genio civile", nella nozione di lavori pubblici⁴.

Ben più ampia è la portata delle novità introdotte dal successivo art. 2 del D.Lgs. n. 152/2008 all'art. 3 del Codice.

La prima riguarda l'istituto della locazione finanziaria per la realizzazione di lavori pubblici e/ di pubblica utilità che il **comma 15 bis** dell'art. 3 del Codice⁵ definisce come "*il contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori*"⁶. L'inserimento di tale definizione si è resa necessaria per raccordare e rendere omogeneo il testo del Codice che già prevedeva la disciplina specifica dell'istituto della locazione.

La seconda integrazione introdotta dall'art. 2 del D.Lgs. n. 152/2008 concerne il **comma 15 ter** dell'art. 3 del Codice; tale comma

⁴ La norma risulta così formulata: "*I «lavori» di cui all'allegato I comprendono le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione, di opere. Per «opera» si intende il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica. Le opere comprendono sia quelle che sono il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile di cui all'allegato I, sia quelle di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica*".

⁵ Come introdotto dall'art. 2, 1° comma, lett. a del D.Lgs. n. 152/2008.

⁶ In particolare si veda l'art. 160 *bis* del Codice, inserito dall'art. 2, comma 1, lett. pp) del D.Lgs. n. 113/2007, a decorrere dal 1° agosto 2007. Detta norma ha provveduto, a sua volta a recepire le norme di cui all'art. 1, comma 909 della legge n. 296/2007 (legge finanziaria per l'anno 2008).



introduce la definizione dei contratti di “*partenariato pubblico privato*” (PPP) intesi come “...*contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat*”⁷.

Con la nozione di *partenariato pubblico privato* si comprendono, quindi, tutte le possibili forme di cooperazione tra autorità pubbliche e imprese private, finalizzate al finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio⁸. Il PPP costituisce, dunque, una operazione complessa nella quale coesistono tutti o parte dei seguenti elementi chiave: la progettazione (*Design*); il finanziamento (*Finance*); la costruzione (*Build*); la gestione (*Operate*); la manutenzione (*Maintenance*).

L'istituto suole, generalmente, essere distinto in due categorie:

⁷ Art. 3, comma 15 *ter* del D.Lgs. n. 163/2006.

⁸ In questi termini il Libro Verde della Commissione UE COM 327 del 2004.



- i PPP di tipo puramente contrattuale, nei quali il partenariato tra pubblico e privato si fonda su legami esclusivamente convenzionali;
- i PPP di tipo istituzionalizzato, che implicano una cooperazione tra pubblico e privato in seno ad un'entità distinta⁹.

La definizione del PPP inserita nel Codice dei contratti coglie solo in parte le caratteristiche dell'istituto in esame. Essa ha un valore descrittivo e meramente esemplificativo delle forme di PPP concretamente attuabili e peraltro già da tempo praticate dalla pubblica amministrazione anche in Italia.

Tuttavia, il vero carattere innovativo della norma traspare nel richiamo operato alle decisioni Eurostat. Queste ultime (in particolare la decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004), precisano che ove le infrastrutture (*asset*) siano realizzate in PPP, esse non debbano essere classificate come attivo patrimoniale pubblico e, dunque, possano essere registrate fuori bilancio dalle amministrazioni aggiudicatrici.

La prescrizione in questione sterilizza di fatto l'impatto delle opere realizzate in PPP sui bilanci delle amministrazioni pubbliche e sui loro già ampi (soprattutto nel caso italiano) livelli di *deficit*.

Va, infatti, evidenziato che se l'infrastruttura da realizzare è classificata nel bilancio dello Stato (*on balance*), la spesa iniziale in conto capitale all'uopo occorrente deve essere registrata come formazione di capitale fisso, impattando negativamente sul deficit pubblico. Di contro, invece, qualora la spesa iniziale dell'intervento possa essere contabilizzata fuori bilancio dello Stato, le relative spese in conto capitale (che siano sostenute dal partner privato nell'ambito

⁹ È possibile classificare ulteriormente il PPP in quattro categorie di seguito elencate: 1. Ppp di tipo puramente contrattuale qualificato come appalto pubblico; 2. Ppp di tipo puramente contrattuale qualificato come concessione; 3. Ppp istituzionalizzati (Pppi); 4. Forme di collaborazione intercomunali.



di un'operazione di PPP) resteranno escluse dall'ambito contabile del bilancio statale e quindi non andranno ad incrementare il suo deficit¹⁰.

A voler bene intendere la portata della norma in esame, la sua portata innovativa risiede non tanto nella espressa introduzione dell'istituto del PPP e nel riconoscimento della sua natura contrattuale, ma nel fatto che essa è diretta a neutralizzare l'impatto sul deficit pubblico di spese correnti potenzialmente impattanti sullo stesso.

Peraltro, l'Eurostat impone precisi vincoli affinché le operazioni in PPP possano essere escluse dall'ambito del bilancio statale; in particolare, la stessa decisione dell'11 febbraio 2004 dell'Euristat richiede che il privato si assuma rispettivamente:

- 1) il rischio di costruzione;
- 2) il rischio di disponibilità ovvero, in alternativa quello "di domanda".

Ebbene, il comma 15 *ter* dell'art. 3 del Codice impone che il finanziamento (il rischio "di domanda") e l'allocazione dei rischi siano a carico del privato.

¹⁰ Configurano, invece, una spesa pubblica i pagamenti per le contribuzioni in conto capitale o per gli acquisti di servizi effettuati dai soggetti pubblici (Consiglio Europeo ECOFIN del 26.11.2003).



2. Comunicazione delle specifiche tecniche, appalti internazionali

L'art. 1 del D.Lgs. n. 152/2008 provvede a modificare anche gli articoli 13 e 18 del Codice. Le modifiche recepiscono due norme (artt. 22 e 35) della Direttiva 2004/17 non ancora acquisite nel nostro ordinamento e che incidono, rispettivamente, sulla disciplina di comunicazione delle specifiche tecniche (art. 13) e su quella degli appalti internazionali (art. 18).

Il nuovo **comma 7-bis all'art. 13**, prevede, che gli enti aggiudicatori debbano mettere a disposizione degli operatori economici interessati che ne fanno domanda, le specifiche tecniche regolarmente previste nei loro appalti o le specifiche tecniche alle quali intendono riferirsi per gli appalti che sono oggetto di avvisi periodici indicativi. Qualora le specifiche tecniche si basino su documenti accessibili agli operatori economici interessati, è ritenuta sufficiente l'indicazione del riferimento a tali documenti¹¹.

¹¹ All'art. 13 dopo la rubrica, nell'elenco di riferimenti normativi, le parole "art. 13, direttiva 2004/17" sono sostituite con le parole "**artt. 13 e 35, direttiva 2004/17**" ed è inserito, altresì, il comma 7 bis che testualmente dispone: "*Gli enti aggiudicatori mettono a disposizione degli operatori economici interessati e che ne fanno domanda le specifiche tecniche regolarmente previste nei loro appalti di forniture, di lavori o di servizi, o le specifiche tecniche alle quali intendono riferirsi per gli appalti che sono oggetto di avvisi periodici indicativi. Quando le specifiche tecniche sono basate su documenti accessibili agli operatori economici interessati, si considera sufficiente l'indicazione del riferimento a tali documenti*".



Infine, il **comma 1 bis dell'art. 18**, introdotto dalla novella e volto a recepire l'art. 12 della Direttiva 17/2004/Ce¹², obbliga gli Stati membri ad applicare, agli operatori stranieri, le medesime condizioni favorevoli applicate agli operatori economici nazionali¹³.

¹² L'art. 12 della citata direttiva relativa agli accordi conclusi in seno all'Organizzazione mondiale del Commercio (OMC) prevede, infatti, che in sede di aggiudicazione degli appalti da parte degli enti aggiudicatori, gli Stati membri applichino, nelle loro relazioni, condizioni favorevoli quanto quelle che concedono agli operatori economici dei paesi terzi in applicazione dell'accordo che istituisce l'OMC.

¹³ L'art. 18, comma 1 bis del Codice dispone che: *"In sede di aggiudicazione degli appalti da parte degli enti aggiudicatori, gli Stati membri applicano, nelle loro relazioni, condizioni favorevoli quanto quelle che concedono agli operatori economici dei paesi terzi in applicazione dell'Accordo. A tal fine gli Stati membri si consultano, in seno al comitato consultivo per gli appalti pubblici, sulle misure da adottare a norma di tale Accordo"*.



3. Contratti misti

Altra modifica determinata dall'art. 1 del D.Lgs. n. 152/2008 concerne l'**art. 21, comma 1** del Codice. La modifica riguarda la disciplina sui contratti misti che, all'esito delle modifiche, diviene la seguente: *“1. Gli appalti aventi per oggetto sia servizi elencati nell'allegato II A che servizi elencati nell'allegato II B sono aggiudicati conformemente all'articolo 20, comma 1 se il valore dei servizi elencati nell'allegato II B sia superiore al valore dei servizi elencati nell'allegato II A”*.

Precedente la norma richiamava l'intero art. 20 (con l'inciso *“articolo che precede”*) il quale, però, si articola in due commi, ciascuno dei quali dispone una disciplina diversa di aggiudicazione.

Il rinvio al solo 1° comma, dell'art. 20¹⁴ va salutato positivamente per due ordini di ragioni: in primo luogo esso chiarisce la disciplina applicabile ai contratti misti per i quali siano prevalenti i servizi di cui all'Allegato II B; in secondo luogo, perché il legislatore ha optato per la disciplina meno rigida, rispetto a quella definita dal 2° comma del medesimo articolo 20.

¹⁴ L'art. 20, 1° comma, dispone che: *“L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)”*.



4. Appalti nei settori speciali

L'art. 1, comma 1, lettera *e* del D.Lgs 152/2008 modifica l'**art. 24** del Codice. La modifica è stata disposta per conformare la previsione normativa alle prescrizioni delle Direttive comunitarie 2004/17/Ce e 2004/18/Ce (in particolare l'art. 19 della Direttiva n. 2004/17 e l'art. 12, par. 1 della Direttiva 2004/18).

L'art. 19 della Direttiva 17/2004 esclude dal proprio ambito di operatività gli appalti afferenti ai settori speciali aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi, quando la stazione appaltante non goda di alcun diritto speciale o esclusivo per la vendita o la locazione dell'oggetto di tali appalti. L'art. 12, par. 1 della Direttiva 2004/18/Ce prescrive un divieto analogo a quello di cui all'art. 19 citato, escludendo anche dal suo ambito di operatività gli appalti logicamente riconducibili alle fattispecie di cui sopra, purchè sempre afferenti ai settori speciali.

L'art. 24 del Codice, nel recepire l'art. 12 della Direttiva 2004/18, ha esteso la deroga anche alle locazioni e/o vendite a terzi in settori ordinari, così eccedendo la previsione comunitaria. La deroga per le locazioni a terzi deve, dunque, ritenersi ammissibile nei soli casi in cui la locazione a terzi senza diritti esclusivi riguardi beni, lavori e/o servizi afferenti ai settori speciali e non anche quelli ordinari.

L'art. 24 del Codice è stato integralmente riscritto; esso ora dispone: "*1. Il presente codice non si applica agli appalti **nei settori di cui alla parte III**¹⁵ aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi, quando l'ente aggiudicatore non gode di alcun diritto speciale o esclusivo per la vendita o la locazione dell'oggetto di tali appalti e quando altri enti possono liberamente venderlo o darlo in locazione alle stesse condizioni. 2. Gli enti aggiudicatori comunicano alla Commissione, su sua richiesta, tutte le categorie di prodotti o attività che considerano escluse in virtù del comma 1, entro il termine stabilito dalla Commissione medesima. Nelle comunicazioni possono indicare quali informazioni hanno carattere commerciale sensibile*".

¹⁵ Trattasi, appunto, dei settori speciali.



5. Opere di urbanizzazione a scomputo

L'art. 1 del D.Lgs 152/2008 interviene anche sulla disciplina della realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione, a scomputo degli oneri concessori, modificando **l'art. 32, 1° comma 1, lettera g e l'art. 122, comma 8** del Codice dei contratti.

Come noto, l'art. 32 del Codice individua le fattispecie in presenza delle quali sia necessario ricorrere alla procedura di evidenza pubblica; fra queste inserisce anche la realizzazione delle opere di urbanizzazione d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria a scomputo (totale o parziale) degli oneri connessi al permesso di costruire. Per dette opere il Codice, nella versione integrata dal D.lg. n. 113/2007, prevedeva una gara orientata al modello procedurale del *project financing* (da svolgersi con le modalità della gara a due fasi di cui all'art. 153 prima della novella) e faceva salvo il diritto di prelazione del promotore.

La Commissione europea ha contestato tale norma.

Con l'innovazione introdotta dal D.Lgs 152/2008 non è più messa in discussione la necessità di una procedura di evidenza pubblica per lo svolgimento di tale tipologia di opere; procedura che può essere indetta direttamente dal titolare del permesso di costruire ovvero dall'amministrazione aggiudicatrice. Tuttavia, in quest'ultimo caso, l'amministrazione dovrà necessariamente fare propri il progetto, i tempi di realizzazione degli interventi ed i contenuti della bozza di contratto predisposti dal richiedente il rilascio del permesso di costruire e depositati all'atto della richiesta.

Per quanto concerne, invece, le modalità procedurali di aggiudicazione si elimina qualsiasi riferimento al *project atipico* e si introducono le procedure di cui all'art. 55 del Codice appalti¹⁶. Tuttavia quest'ultima norma disciplina il procedimento per la scelta

¹⁶ Che disciplina l'indizione delle procedure di evidenza pubblica aperte e ristrette.



della tipologia della procedura di aggiudicazione, mentre la fattispecie delineata dall'art. 32, lett. g) innovato è, chiaramente, quella dell'appalto integrato di cui all'art. 53 del Codice, avente ad oggetto non solamente l'esecuzione, ma anche la progettazione dei lavori. Difatti la prestazione contrattuale dovrà consistere nell'esecuzione dei lavori e nella predisposizione della progettazione esecutiva, mentre oggetto dell'offerta in sede di gara da parte dei concorrenti dovrà essere il progetto definitivo¹⁷.

Il ricorso ad una procedura specifica avente ad oggetto anche l'acquisizione concorrenziale della progettazione si è reso necessario innanzitutto per rispettare la prescrizione di cui all'art. 91, 8° comma, del Codice nella parte in cui prevede che: *“E' vietato l'affidamento di attività di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, collaudo, indagini e attività di supporto a mezzo di contratti a tempo determinato o altre procedure diverse da quelle previste dal presente codice”*.

Anche la stessa giurisprudenza sembra essere, oramai, orientata nel senso di non ritenere legittima la “donazione” alla pubblica amministrazione di elaborati progettuali da parte dell'impresa¹⁸.

Lascia, tuttavia, perplessi il mancato esplicito riferimento alla disposizione di cui all'art. 53 del Codice ovvero, a tutto concedere, al successivo art. 144 relativo alle concessioni. Il mancato rinvio genera una disciplina lacunosa anche per quanto concerne la definizione delle prescrizioni minime per la qualificazione dell'impresa di *“progettazione ed esecuzione”* che sono appunto, dettate dall'art. 53, 4° comma, del Codice medesimo. Non vi è dubbio che queste ultime debbano necessariamente applicarsi per analogia e che, pertanto, l'impresa debba essere anche qualificata per la progettazione. Un chiarimento in questo senso, a scampo di eventuali interpretazioni fuorvianti, sarebbe stato opportuno.

¹⁷ A base di gara è invece il progetto preliminare predisposto dal titolare del permesso di costruire.

¹⁸ Si veda, in particolare, Cons. St., VI, 7.3.2008, n. 1008.



Da citare come l'art. 256, comma 1 *quinques* del Codice prevede, dopo le modifiche di cui all'art. 2, comma 1, lettera vv del D.Lgs 152/2008, fino all'entrata in vigore del regolamento generale di cui all'art. 5, l'applicabilità della legge n. 109/1994 in tema di appalto integrato¹⁹. Peraltro il novellato (dall'art. 2, 1° comma, lett. m del D.lg. n. 152/2008) art. 53 2° comma, lettera c) dispone che: *“Ai fini della valutazione del progetto, il regolamento disciplina i fattori ponderali da assegnare ai "pesi" o "punteggi" in modo da valorizzare la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali e le caratteristiche ambientali”*.

Da citare, invece, che la norma modificata prevede espressamente che, in sede di gara l'offerta relativa al prezzo indichi distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per gli oneri di sicurezza.

Da qui, dunque, la riformulazione dell'art. 32, 1° comma lettera g del D.Lgs. n. 163/2006 che impone la gara per i lavori pubblici d'importo superiore alla soglia comunitaria *“...da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il permesso di costruire presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del permesso di costruire, un progetto*

¹⁹ In particolare l'art. 19, comma 1 *ter* del Codice dispone che: *“L'appaltatore che partecipa ad un appalto integrato di cui al comma 1, lettera b), deve possedere i requisiti progettuali previsti dal bando o deve avvalersi di un progettista qualificato alla realizzazione del progetto esecutivo individuato in sede di offerta o eventualmente associato; il bando indica l'ammontare delle spese di progettazione esecutiva comprese nell'importo a base di appalto ed i requisiti richiesti al progettista, in conformità a quanto richiesto dalla normativa in materia di gare di progettazione. L'ammontare delle spese di progettazione non è soggetto a ribasso d'asta. 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”*.



preliminare delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto. L'amministrazione, sulla base del progetto preliminare, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 55. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e le esecuzioni di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per gli oneri di sicurezza”.

Per ragioni sistematiche deve ora procedersi alla disamina delle modifiche apportate dal D.Lgs 152/2008 all'art. 122, 8° comma, del Codice che disciplina l'ipotesi della realizzazione a scomputo totale e/o parziale delle opere di urbanizzazione d'importo inferiore alla soglia comunitaria.

Anche in questo caso il dibattito è stato particolarmente acceso propendendosi per la totale semplificazione delle modalità di aggiudicazione dei relativi lavori attraverso il ricorso all'affidamento fiduciario attraverso la procedura negoziata di cui all'art. 57, 6° comma del Codice. Semplificazione che va positivamente salutata e che estende anche alle opere di urbanizzazione primaria d'importo inferiore alla soglia comunitaria l'obbligo della gara (per le opere di urbanizzazione secondaria l'obbligo era già prescritto), ancorché con le modalità attenuate dalla procedura negoziata senza bando di gara.

In particolare l'art. 122, 8° comma, del Codice, come riformulato dall'art. 1, lett. bb) del D.lg. n. 152/2008, precisa che: *“Per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 32, comma 1, lettera g), si applica la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito e' rivolto ad almeno cinque soggetti se sussistono in tale numero aspiranti idonei”.*

Rispetto alla norma previgente cessa, dunque il trattamento differenziato fra opere di urbanizzazione primaria e secondaria e viene confermata la limitata applicazione della disciplina normativa alle sole opere di urbanizzazione realizzate a scomputo (totale o parziale) degli oneri di urbanizzazione. In questo senso depone il richiamo integrale



alle opere di cui all'art. 32, 1° comma, lettera *g* del Codice che, come visto, fa esclusivo riferimento alle sole opere a scomputo. Peraltro detto rinvio all'art. 32 lascerebbe propendere per ritenere salvata la facoltà del titolare del permesso di indire la procedura negoziata di cui all'art. 57, 6° comma. Ovviamente la circostanza suscita perplessità solo che si consideri la natura tendenzialmente “fiduciaria” della procedura; qualora essa sia affidata ad un operatore economico operante in determinato settore, il rischio di intese ed accordi con gli altri operatori dello stesso settore lesivi della concorrenza (già sfumata) è particolarmente alto.

Resta, peraltro, ferma, la possibilità del titolare del permesso di costruire di ricoprire l'incarico di stazione appaltante e, dunque, di indire la procedura.

È indiscutibile, invece, che le procedure “semplificate” di cui agli artt. 32, lett. *g*) e 122, 8° comma, del Codice si applicheranno esclusivamente ai lavori realizzati a scomputo “totale” o “parziale” degli oneri connessi al rilascio di un titolo assentivo (permesso di costruire o DIA) e che, al di fuori di detta ipotesi (dunque in presenza di accordi dal vario contenuto, programmi complessi nei quali le opere siano funzionalmente collegate alle opere di urbanizzazione ecc.) le opere pubbliche dovranno essere soggette alla regolare procedura di evidenza pubblica indetta dall'amministrazione aggiudicatrice.



6. Tipologie dei soggetti affidatari di pubblici appalti

L'art. 1 del D.Lgs 152/2008 modifica anche **l'art. 34, 1° comma**, del Codice, inserendovi la lettera f-bis²⁰. L'art. 34 del Codice (richiamato anche dall'art. 206 per i settori speciali di cui alla Direttiva 2004/17/Ce) individua le tipologie di soggetti cui possono essere affidatari i pubblici appalti.

Si tratta di una modifica imposta dalla Commissione europea che, nella procedura di infrazione del Codice, rilevava che l'art. 34 contrastava con le disposizioni delle direttive europee in quanto escludeva dalla partecipazione alle gare gli operatori economici aventi una forma giuridica diversa da quelle espressamente indicate; tale esclusione si estendeva anche a quelle tipologie di soggetti che, in base alla legislazione vigente nel proprio Stato membro di stabilimento, avevano facoltà di parteciparvi. In sintesi, la Commissione rilevava una restrizione della concorrenza sotto il profilo della lesione della libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi; con la modifica apportata, la partecipazione al mercato dei bandi pubblici si apre anche a tali operatori stabiliti in altro Stato membro, i quali però dovranno essere costituiti **conformemente alla legislazione vigente nel proprio paese**.

La norma ha ripercussioni anche sulle procedure di affidamento degli incarichi di progettazione e dei concorsi di idee e progettazione.

²⁰ L'art. 34, lett. f-bis del Codice come modificato dall'art. 1, lett. g) del D.lg. n. 152/2008 dispone che gli appalti possono essere aggiudicati agli *"...operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi (...)"*



7. Subappalto per opere speciali

L'art. 1, lett. h) del D.lg. n. 152/2008 modifica l'art. 37, comma 11 del Codice²¹, rendendo possibile il ricorso al **subappalto** per l'esecuzione di lavori o componenti di notevole complessità tecnologica (comunemente definiti come S.I.O.S.- Strutture Impianti Opere Speciali)²², il cui importo sia pari o superiore al 15% dell'importo complessivo dell'appalto²³.

La limitazione previgente rinveniva la propria *ratio* giustificatrice nell'esigenza di evitare il proliferare di infiltrazioni mafiose mediante l'uso indiscriminato dell'istituto del subappalto, costringendo le imprese che non possedevano i requisiti di qualificazione per la realizzazione delle opere speciali, alla costituzione di associazioni temporanee con altre imprese ad esse qualificate. Tale imposizione implicava una pur minima restrizione della concorrenza; restrizione che la Commissione europea non ha mancato di rilevare²⁴.

²¹ All'esito delle modifiche il comma 11 dell'art. 37 dispone che: *“Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrano, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il quindici per cento dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall'articolo 118, comma 2, terzo periodo; il regolamento definisce l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati con il regolamento stesso. L'eventuale subappalto non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso. In caso di subappalto la stazione appaltante provvede alla corresponsione diretta al subappaltatore dell'importo delle prestazioni eseguite dallo stesso, nei limiti del contratto di subappalto; si applica l'articolo 118, comma 3, ultimo periodo”*.

²² Allo stato regolamentate dall'art. 72, comma 4 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.

²³ L'individuazione delle opere di *“notevole contenuto tecnologico”* e di *“rilevante complessità”* indicati solo in via esemplificativa dall'art 37 comma 11 del Codice, è rimessa al regolamento generale di cui all'art. 5.

²⁴ La Commissione ha precisato che: *“nella misura in cui vieta il subappalto ed impone una forma giuridica determinata, sembra contraria alle disposizioni delle direttive appalti pubblici, le quali non permettono di escludere il subappalto (...)”*.



Alla luce del preponderante (quanto meno sotto il profilo istituzionale) interesse comunitario alla tutela della concorrenza, il legislatore ha modificato la norma di cui al comma 11 dell'art. 37 rendendo possibile, come visto sopra, il subappalto anche per le opere "speciali".

Rispetto allo schema originario del D.Lgs. n. 152/2008, sono state inserite prescrizioni volte ad assicurare l'esecuzione delle prestazioni specialistiche da parte di imprese effettivamente in possesso di una adeguata tecnologia e/o di specifiche esperienze e competenze.

Restano fermi i limiti di cui all'art. 118 del Codice ed in particolare quello del 30% quale percentuale massima di lavori subappaltabili (limite peraltro già valido per il subappalto dei lavori riconducibili alla categoria prevalente).

Una novità è rappresentata dalla corresponsione dell'importo in favore del subappaltatore che dovrà avvenire direttamente da parte della stazione appaltante²⁵.

La norma oggi riveste, più che altro, il rango di norma di principio che demanda al regolamento generale, di cui all'art. 5 del Codice, rispettivamente:

- 1) l'individuazione delle opere specialistiche;
- 2) la previsione dell'obbligo del possesso di una specifica qualificazione per l'esecuzione delle opere speciali;
- 3) l'individuazione dei requisiti di qualificazione delle imprese per l'esecuzione di dette opere.

²⁵ Come noto, in relazione a tutte le tipologie di subappalto, il pagamento diretto da parte della stazione appaltante non costituisce un obbligo, ma una mera possibilità rimessa alla scelta della stazione appaltante medesima, da indicarsi già in sede di bando di gara (art. 118, comma 3 del Codice dei contratti pubblici).



8. Requisiti di partecipazione, avvalimento

Le lettere m,n e o dell'art. 1, comma 1 del D.Lgs 152/2008 modificano gli **artt. 48, 49 e 50** del Codice.

L'art. 48 del Codice disciplina i “*controlli sul possesso dei requisiti*” prevedendo, fra l'altro, che i requisiti di partecipazione debbano essere solo dichiarati (ai sensi del DPR 445/2000) all'atto della presentazione della domanda e comprovati dal solo aggiudicatario. Unica eccezione è quella prevista dal comma 1 che disciplina la fattispecie della dimostrazione del possesso dei requisiti da parte delle imprese all'uopo appositamente sorteggiate.

La Commissione europea ha censurato la disposizione di cui all'art. 48 (con particolare riferimento alla parte in cui impone al solo aggiudicatario la prova del possesso dei requisiti dichiarati) soprattutto nelle procedure ristrette, negoziate e nel dialogo competitivo, ove le stazioni appaltanti possono limitare il numero dei candidati idonei ammessi alla procedura, dichiarando: “*il fatto di selezionare i candidati sulla base di una dichiarazione e di domandare di provarla al solo aggiudicatario dell'appalto prima della firma del contratto può condurre, qualora la prova presentata smentisca la dichiarazione precedentemente fatta, ad una esclusione ingiustificata del candidato che sarebbe stato ammesso al posto di tale potenziale aggiudicatario se le prove fossero state verificate durante la fase di selezione*”.

Di qui la modifica apportata dall'art. 1, comma 1, lettera *m* del D.lg. n. 152/2008 che, inserendo all'art. 48 il comma 1 *bis*, ha previsto che, nel caso di procedure ristrette, negoziate ovvero nel dialogo competitivo (ossia ove venga limitato il numero dei candidati da ammettere) i candidati debbano comprovare immediatamente il possesso dei requisiti richiesti²⁶.

²⁶ Dispone il comma 1 *bis* dell'art. 48 del Codice che: “*Quando le stazioni appaltanti si avvalgono della facoltà di limitare il numero di candidati da invitare, ai sensi dell'articolo 62,*



Le modifiche di cui all'art. 1, comma, 1, lett. *n* del D.Lgs. 152/2008 riguardano l'istituto dell'avvalimento disciplinato dall'art. 49 del Codice applicabile anche agli appalti soggetti alla direttiva 2004/17/CE per il rinvio operato dall'art. 230. La norma prevede la possibilità, per gli operatori che desiderano partecipare ad una gara d'appalto, di avvalersi della capacità di altri soggetti; la Commissione europea ne ha tuttavia censurato il contenuto con riferimento al successivo comma 6 nella parte in cui limitava questa possibilità alla capacità di un solo soggetto terzo per ciascun requisito o categoria nonché riguardo al successivo comma 7 che consentiva il ricorso alle capacità di più soggetti solo in presenza di un'espressa autorizzazione del bando di gara in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni.

L'art. 1 lett. *n*) del D.Lgs. n. 152/2007 abroga il comma 7²⁷ e riformula il comma 6²⁸ dell'art. 49 del Codice. Con l'abrogazione viene di fatto superata la previgente limitazione dell'avvalimento di una sola impresa, ma per i soli appalti di servizi e forniture; mentre il comma 6, seppur riformulato, conserva detta limitazione per i lavori pubblici, giustificandola con la peculiarità del sistema di qualificazione prescritto per questi ultimi. Tale limitazione. Però, non è più assoluta in quanto la novella consente alla stazione appaltante, in ragione dell'importo dell'appalto ovvero della peculiarità delle prestazioni, di consentire anche per i lavori l'avvalimento di più

comma 1, richiedono ai soggetti invitati di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando, in sede di offerta, la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito in originale o copia conforme ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Non si applica il comma 1, primo periodo".

²⁷ Il quale testualmente prevedeva che: "Il bando di gara può prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso".

²⁸ Il comma 6, nel testo riformulato, prevede che: "Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria".



imprese, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera *b* del Codice, che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria.

L'art. 50 del Codice disciplina l'avvalimento per l'ottenimento della qualificazione SOA. Il suo 4° comma²⁹ è stato modificato dall'art. 1, 1° comma, lettera *o* del D.Lgs. n. 152/2008 di modo da estenderne le norme, in quanto compatibili, a qualsivoglia sistema legale di qualificazione nei servizi e forniture³⁰.

²⁹ Nella versione originaria, recante la seguente formulazione: “*Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei diversi servizi*”.

³⁰ La norma, dopo le modifiche reca la seguente formulazione: “*Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei servizi e forniture*”.

9. Dialogo competitivo

L'art. 1, comma 1, lettera p del D.Lgs n. 152/2008 modifica l'art. 58 del Codice che disciplina l'istituto del dialogo competitivo.

Anche l'art. 58 del Codice è stato oggetto di censure da parte della Commissione europea incentratesi, in particolare, sulla prescrizione normativa che consentiva alla stazione appaltante di specificare i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa fino alla fase immediatamente precedente l'apertura delle offerte (al previgente comma 13)³¹.

La Commissione europea ha sottolineato il contrasto della norma con quanto prescritto dall'art. 36, par. 1, della direttiva 2004/18/CE il quale dispone che i bandi e gli avvisi devono contenere le informazioni indicate nell'allegato VII A tra le quali, al n. 23, è compreso il criterio di aggiudicazione utilizzato. Nel caso del dialogo competitivo tale criterio può essere solo quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e che i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro ponderazione vanno menzionati qualora non figurino nel capitolato d'onere ovvero, nel caso del dialogo competitivo, nel documento descrittivo. Tale documento descrittivo deve essere inviato con l'invito a partecipare al dialogo in ogni caso, prima della fase del dialogo (art. 40, par. 5). *“dopo tale fase, l'amministrazione aggiudicatrice non ha più l'opportunità di rimettere ai concorrenti selezionati un altro documento descrittivo e di indicare nuovi criteri di aggiudicazione”*, mentre le disposizioni del Codice *“prevedono invece la possibilità di fissare dei criteri di valutazione dopo aver individuato la o le soluzioni interessanti e, per di più, di sceglierle sulla base delle loro specificità”*.

³¹ In particolare disponeva il comma 13 dell'art. 58 del Codice che: *“Prima della presentazione delle offerte, nel rispetto dei principi di concorrenza e non discriminazione, le stazioni appaltanti specificano i criteri di valutazione di cui all'articolo 83, comma 2, indicati nel bando o nel documento descrittivo in relazione alle peculiarità della soluzione o delle soluzioni individuate ai sensi del comma 10”*.



Di qui le modifiche all'art. 58, con l'abrogazione del comma 13 ed il coordinamento di tale modifica con quella di cui al successivo comma 15.



10. Termini delle procedure di aggiudicazione

L'art. 1 del D.Lgs. n. 152/2008, sempre nell'esigenza di conformare il Codice dei contratti alla normativa comunitaria, apporta una serie di modifiche ad alcuni dei termini prescritti per le procedure di aggiudicazione.

Fra queste:

- 1) le modifiche degli **artt. 64 comma 4 e 65 comma 5** del Codice che definiscono il contenuto dei bandi di gara e che, nel rinviare rispettivamente agli allegati IX A) facevano riferimento ai punti 3 e 5 che non sono presenti nel predetto allegato;
- 2) la modifica **dell'art. 70** del Codice, che disciplina i termini di presentazione delle domande e ricezione delle offerte nella parte in cui al comma 12 viene esclusa la possibilità di ridurre i termini in caso d'urgenza qualora la procedura esperita sia quella del dialogo competitivo;
- 3) la modifica **dell'art. 79** del Codice, concernente le informazioni circa le esclusioni e le aggiudicazioni, il cui comma 5 è stato integrato con una lettera *b-bis* che prescrive, a carico delle amministrazioni aggiudicatrici, l'obbligo di comunicare l'intenzione di non aggiudicare un appalto³².

³² La nuova lett. *b-bis*) dispone che: "*b-bis*) la decisione, a tutti i candidati, di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro".



11. Incarichi di progettazione e altre attività tecniche

Per esigenze di organicità di trattazione, le modifiche apportate dal D.Lgs. n. 152/2008 alla disciplina della progettazione verranno trattate sistematicamente, ossia valutando congiuntamente sia quelle imposte dall'art. 1 che quelle prescritte dalle norme di coordinamento di cui all'art. 2 del citato D.Lgs. n. 152/2008.

Le prime modifiche dell'art. 1 sono tutte dirette a recepire quanto prescritto dalla Corte di Giustizia che ha ritenuto restrittiva della concorrenza la limitazione della partecipazione alle procedure di aggiudicazione dei soggetti in possesso di un modello organizzativo conforme agli schemi organizzativi previsti dalla sola legislazione nazionale, senza tenere conto di quelli previsti dalla normativa di altri Stati membri dai quali eventualmente provengano i concorrenti.

Di qui l'introduzione della previsione di cui **all'art. 90**, lettera *bis* del Codice che prevede che la progettazione possa essere espletata anche: *“da prestatori di servizi di ingegneria ed architettura di cui alla categoria 12 dell'allegato II A stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi.”* Come specificato sopra, deve trattarsi di una modalità organizzativa prevista espressamente dall'ordinamento dello Stato di stabilimento³³.

³³ Accanto alla modifica dell'art. 90 con l'inserimento della lett. *f bis*) vi sono le modifiche consequenziali sempre all'art. 90 come quella che prevede la sostituzione al comma 1 lettera *g* delle parole: «*ed f*)» con le seguenti: «*, f), f-bis) e h*) » ovvero di cui al comma 6 ove le parole: “*f), g*) sono sostituite dalle seguenti: *f), f-bis), g*)”.

12. Collaudo

Anche l'**art. 91** del Codice, che disciplina le procedure di affidamento degli incarichi di progettazione, è stato novellato, ma in questo caso non per rispondere alle censure della Commissione europea³⁴.

In particolare l'art. 2, comma 1, lett. s) del D.lgs. n. 152/2008 ha provveduto a modificare il comma 1 dell'art. 91 ampliando l'oggetto degli "incarichi tecnici" affidabili, inserendovi anche il **collaudo (o la verifica di conformità)**³⁵. La norma novellata va collegata necessariamente con le modifiche di cui all'art. 120 del Codice che provvede a disciplinare il collaudo e che è stato a sua volta integrato (con l'inserimento del comma 2 *bis* ad opera dall'art. 2, 1° comma, lett. bb) del D.lg. n. 152/2008) con disposizioni che concernono le priorità da seguire per la selezione dei soggetti cui affidare l'incarico di collaudo³⁶.

³⁴ In verità anche l'art. 1, alla lett. z) del D.Lgs. 152/2006 modifica l'art. 91, comma 2 del Codice, ma si tratta di una modifica meramente formale, consequenziale alla modifica dell'art. 90 relativa alle individuazioni dei soggetti ammessi a partecipare alla procedura di gara. In particolare la norma di cui all'art. 1, comma 1, lett. z) prevede che: "all'articolo 91, comma 2, le parole: «f), g)» sono sostituite dalle seguenti: «f), f-bis), g):»".

³⁵ L'art. 91, 1° comma del Codice nel testo predisposto dopo la novella del 2008 prevede che: "Per l'affidamento di incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo nel rispetto di quanto disposto dall'art. 120, comma 2bis di importo pari o superiore a 100.000 euro si applicano le disposizioni di cui alla parte II, titolo I e titolo II del codice, ovvero, per i soggetti operanti nei settori di cui alla parte III, le disposizioni ivi previste".

³⁶ In particolare l'art. 120, comma 2 bis del Codice dispone che: "2-bis. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, l'affidamento dell'incarico di collaudo o di verifica di conformità, in quanto attività propria delle stazioni appaltanti, è conferito dalle stesse, a propri dipendenti o a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici, con elevata e specifica qualificazione in riferimento all'oggetto del contratto, alla complessità e all'importo delle prestazioni, sulla base di criteri da fissare preventivamente, nel rispetto dei principi di rotazione e trasparenza; il provvedimento che affida l'incarico a dipendenti della stazione appaltante o di amministrazioni aggiudicatrici motiva la scelta, indicando gli specifici requisiti di competenza ed esperienza, desunti dal curriculum dell'interessato e da ogni altro elemento in possesso dell'amministrazione. Nell'ipotesi di carenza di organico all'interno della stazione appaltante di soggetti in possesso dei necessari requisiti, accertata e certificata dal responsabile del



Detti criteri rispondono, in sostanza, ai principi informativi prescritti dalla “vecchia” legge 109/1994 per tutti gli altri incarichi di natura tecnica (progettazione, direzione lavori, coordinamento per la sicurezza) e poi recepiti dal D. Lgs. n. 163/2006. In particolare per l’affidamento dell’incarico di collaudo è data priorità ai dipendenti, siano essi della stazione appaltante ovvero di altra amministrazione aggiudicatrice. Solo in presenza di accertata e certificata carenza di organico ovvero anche solo in presenza di difficoltà nel reperimento di dipendenti ovvero più semplicemente di “*dipendenti disponibili*”³⁷, l’amministrazione potrà affidare l’incarico di collaudatore o di Presidente, ovvero ancora, di componente della Commissione di collaudo a professionisti esterni.

Nell’attuale formulazione dell’art. 120, comma 2 *bis* del Codice, tuttavia, sembrerebbe trasparire un ampliamento dei casi di ricorso al personale esterno rispetto a quanto previsto per gli incarichi di progettazione ovvero per le attività tecnico – amministrative connesse alla progettazione. Difatti mentre per queste ultime l’art. 90, 6° comma, del Codice individua in maniera specifica i casi nei quali è possibile fare ricorso a personale esterno,³⁸ nel caso dell’art. 120,

procedimento, ovvero di difficoltà a ricorrere a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici con competenze specifiche in materia, la stazione appaltante affida l’incarico di collaudatore ovvero di presidente o componente della commissione collaudatrice a soggetti esterni scelti secondo le procedure e con le modalità previste per l’affidamento dei servizi; nel caso di collaudo di lavori l’affidamento dell’incarico a soggetti esterni avviene ai sensi dell’articolo 91. Nel caso di interventi finanziati da più amministrazioni aggiudicatrici, la stazione appaltante fa ricorso prioritariamente a dipendenti appartenenti a dette amministrazioni aggiudicatrici sulla base di specifiche intese che disciplinano i rapporti tra le stesse”. Del pari il secondo comma, dell’art. 91 del Codice (modificato dall’art. 2, 1° comma, lett. s) del D.lg. n. 152/2008) è integrato con le medesime modifiche di cui al comma 1 e, dunque, con l’inserimento del collaudo fra gli incarichi tecnici.

³⁷ Sulla rilevanza, nell’ambito di un rapporto di pubblico impiego, della disponibilità dei dipendenti all’assunzione dell’incarico di collaudo si veda l’Autorità di vigilanza dei contratti pubblici nella determinazione del 25/02/2009, n. 2 relativa allo “*affidamento degli incarichi di collaudo di lavori pubblici a seguito dell’entrata in vigore del Decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152*”. In particolare l’Autorità, collegando le gravose responsabilità connesse all’assunzione dell’incarico con la contestuale riduzione dell’incentivo, solleva la questione se l’affidamento di un determinato incarico possa intendersi ricompreso nei doveri d’ufficio e, dunque, l’eventuale rifiuto del dipendente debba considerarsi illegittimo.

³⁸ In particolare l’art. 90, 6° comma del Codice dispone che: “*Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare la redazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, nonché lo*



comma 2 *bis* si fa riferimento non solamente all'oggettiva carenza di organico (seppur, come visto, non certificata) ma anche (voce di assoluta genericità) alla **difficoltà a ricorrere a dipendenti di altre amministrazioni aggiudicatrici con competenze specifiche**. Si tratta di condizioni che lasciano trasparire un ampio margine di apprezzamento discrezionale da parte dell'amministrazione (sicuramente più ampio di quanto non sia nell'art. 91, 6° comma) nella scelta se ricorrere o meno al personale interno per tale tipologia di prestazione.

Che l'intenzione del legislatore fosse quella di ampliare l'ambito oggettivo delle condizioni per il ricorso al personale esterno, peraltro sgravando il *Responsabile unico del procedimento* dal compito di certificare la sussistenza delle condizioni prescritte dalla Legge (come nel caso della progettazione), si evince chiaramente dalla ulteriore e connessa modifica apportata dal D.Lgs. n. 152/2008 alla normativa in materia di collaudo.

L'art. 2, 1° comma, lett. *ii*) del D.Lgs. n. 152/2008 abroga, infatti, la seconda parte dell'art. 141, 4° comma del Codice che, in tema di collaudo prevedeva che ricorso al personale esterno fosse condizionato alla previa certificazione del R.u.p. circa la sussistenza delle relative condizioni imposte *ex lege*³⁹.

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

³⁹ In particolare il 4° comma, dell'art. 141 del Codice, nella versione anteriore alle modifiche di cui al D.Lgs. n. 152/2008 prevedeva che: “*Per le stazioni appaltanti che sono amministrazioni aggiudicatrici, i tecnici sono nominati dalle predette amministrazioni nell'ambito delle proprie strutture, salvo che nell'ipotesi di carenza di organico accettata e certificata dal responsabile del procedimento. Possono fare parte delle commissioni di collaudo, limitatamente ad un solo componente, i funzionari amministrativi che abbiano prestato servizio per almeno cinque anni in uffici pubblici”.*



Si deve, inoltre, sottolineare che, rispetto alla versione originaria del terzo schema di decreto, la norma approvata⁴⁰ intensifica il grado di competenza tecnica dei dipendenti ai quali eventualmente poter affidare l'incarico di collaudo. Difatti il comma 2 *bis* dell'art. 120 del Codice richiede innanzitutto una “*elevata e specifica qualificazione*” valutata sulla base di tre parametri oggettivi:

- 1) l'oggetto del contratto;
- 2) la complessità delle prestazioni;
- 3) l'importo delle prestazioni.

La norma impone, dunque, una vera e propria procedura selettiva impostata sui principi della trasparenza (pubblicazione di avvisi che portino a conoscenza l'esigenza di affidamento dell'incarico) e rotazione, nonché (impone) l'obbligo della motivazione della scelta che dovrà contenere la specificazione dei requisiti di competenza professionale degli affidatari sì come desunti dai loro *curricula*.

Per quanto concerne, invece, gli incarichi esterni, essi dovranno essere affidati nel rispetto delle procedure di cui all'art. 91. Dunque, per gli incarichi d'importo inferiore ai 100.000 euro potrà applicarsi la procedura negoziata di cui all'art. 57, 6° comma del Codice la quale non prevede la necessità di pubblicazione del bando ma esclusivamente l'invito di almeno cinque concorrenti per la selezione. Sarà possibile ricorrere anche alla formazione di un elenco di professionisti dal quale attingere di volta in volta nel rispetto, ovviamente, del principio di rotazione⁴¹.

⁴⁰ Tale modifica discende da una esplicita richiesta formulata dal CNI in sede di audizione presso la Commissione del Senato che discuteva il provvedimento.

⁴¹ È quest'ultima la soluzione prescelta dall'Autorità di vigilanza nella determinazione n. 2/2009. Essa specificatamente rinvia alla Circolare del Ministero dei ll.pp. n. 2473 del 16/11/2007 (che prevede alcune interessanti modalità operative per la formazione di detto elenco), facendo altresì presente che quella dell'elenco è anche la modalità individuata dallo schema del nuovo regolamento generale.



Per gli incarichi d'importo superiore a 100.000 euro⁴², ma inferiori alla soglia di valore comunitaria, si applicheranno le regole previste dal Codice per l'affidamento degli appalti di servizi sotto soglia (Titolo II, parte II), mentre per quelli d'importo superiore a detta soglia le regole prescritte dal Titolo I della Parte II del Codice.

Comuni agli appalti di servizi di progettazione le problematiche inerenti la determinazione dei compensi, della base d'asta, delle garanzie e della qualificazione dei professionisti. Tuttavia sono presenti alcune differenze tali da consentire di qualificare come peculiare l'affidamento degli incarichi di collaudo.

Per la determinazione del compenso, il DM del 4/4/2001 non contempla espressamente il collaudo ed è dunque possibile fare riferimento alle tariffe di cui alla Legge n.143/1949, fatto salvo per ora il principio di abrogazione dei "minimi tariffari".

I soggetti ammessi alla gara dovranno essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui agli artt. 38 e 39 del Codice nonché di quelli specifici, sia tecnici che economico finanziari, individuati. Tale individuazione compete, per gli incarichi sottosoglia, direttamente dalla stazione appaltante nel rispetto dei requisiti di proporzionalità ed adeguatezza; per quelli "sopra-soglia" i requisiti dovranno essere determinati ai sensi di quanto prescritto dall'art. 66 del DPR n. 554/99.

Per quanto concerne l'aggiudicazione potrà essere adottato sia il criterio del prezzo più basso sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Indubbiamente quest'ultimo garantisce una valutazione dettagliata dei contenuti dell'offerta, estendendosi anche profilo tecnico della stessa. Di contro una volta che l'Amministrazione aggiudicatrice abbia prescelto il criterio del prezzo più basso, essa dovrebbe anche prevedere una valutazione di anomalia dell'offerta

⁴² A scanso di equivoci si tenga presente che la nuova soglia di 500.000 euro, prevista dal Decreto prezzi per l'esperimento della trattativa privata, riguarda l'affidamento dei soli lavori pubblici e non anche degli incarichi tecnici.



presentata, anche ai sensi dell'art. 86, 3° comma del Codice, tanto più una volta che siano venuti meno i minimi tariffari.

In ultimo, per quanto concerne le garanzie e le cauzioni, si è ritenuto discutibilmente che ai concorrenti per l'affidamento di un incarico di collaudo debbano essere richieste sia la cauzione provvisoria di cui all'art. 75 che quella definitiva di cui al successivo art. 113 del Codice⁴³. Alla base della di tale discutibile interpretazione vi è la considerazione che le norme speciali (art. 111) che impongono ai progettisti di stipulare una polizza assicurativa quale condizione di partecipazione alla gara e che giustificano, pertanto, l'esonero di detti progettisti dall'obbligo di versare le relative cauzioni, non possono essere estese analogicamente agli incarichi di collaudo.

⁴³ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, determinazione n. 2/2009.



13. Requisiti di qualificazione

L'art. 2, comma 1, lettera vv, punto 4, del D.Lgs. 152/2008 introduce, all'art. 253 del Codice (sul regime transitorio) una norma specifica volta a regolamentare la qualificazione dei professionisti che partecipino all'affidamento di un incarico di progettazione di cui all'art. 91 del Codice.

Tale innovazione stabilisce che, **fino al 31 dicembre 2010**, i professionisti, ai fini del possesso dei requisiti di qualificazione di natura professionale ovvero economico finanziaria, potranno fare riferimento a periodi più ampi ed in particolare:

- 1) ai migliori tre anni del quinquennio anteriore alla data di pubblicazione del bando di gara (pubblicazione sulla GURI ovvero sull'albo pretorio);
- 2) ai migliori cinque anni ove il riferimento sia il decennio anteriore alla data di pubblicazione del bando di gara⁴⁴.

La norma è dettata in particolare per ragioni di equità con il trattamento riservato agli esecutori dei lavori, per i quali ultimi, è stato esteso dallo stesso D.Lgs. 152/2008 il periodo temporale di riferimento per la dimostrazione del possesso dei requisiti di qualificazione⁴⁵.

⁴⁴ In particolare il comma 15 bis dell'art. 253 del Codice dispone che: *“In relazione alle procedure di affidamento di cui articolo 91, fino al 31 dicembre 2010 per la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria, il periodo di attività documentabile è quello relativo ai migliori tre anni del quinquennio precedente o ai migliori cinque anni del decennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara. Le presenti disposizioni si applicano anche agli operatori economici di cui all'articolo 47, con le modalità ivi previste”*.

⁴⁵ Il riferimento è all'art. 253, comma 9 bis del Codice, come integrato dall'art. 2, 1° comma, lett. vv) n. 3 del D.lg. n. 152/2008 il quale, relativamente alla qualificazione SOA dei soggetti esecutori di lavori precisa che: *“In relazione all'articolo 40, comma 3, lettera b), fino al 31 dicembre 2010, per la dimostrazione del requisito della cifra di affari realizzata con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, del requisito dell'adeguata dotazione di attrezzature tecniche e del requisito dell'adeguato organico medio annuo, il periodo di attività*



Resta, invece, inalterato il comma 15 dell'art. 253 relativo alle società di ingegneria e che impone, alle società costituite dopo l'entrata in vigore della Legge n. 415/1998, un periodo transitorio di tre anni entro il quale potranno dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione anche facendo riferimento ai requisiti dei soci.

documentabile è quello relativo ai migliori cinque anni del decennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la SOA per il conseguimento della qualificazione. Per la dimostrazione del requisito dei lavori realizzati in ciascuna categoria e del requisito dell'esecuzione di un singolo lavoro ovvero di due o tre lavori in ogni singola categoria, fino al 31 dicembre 2010, sono da considerare i lavori realizzati nel decennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la SOA per il conseguimento della qualificazione. Le presenti disposizioni si applicano anche agli operatori economici di cui all'articolo 47, con le modalità ivi previste”.

14. Corrispettivi incarichi di progettazione

L'art. 2, comma 1, lettera *t* del D.Lgs. n. 152/2008 modifica radicalmente l'art. 92 del Codice, il quale disciplina la definizione dei corrispettivi delle prestazioni professionali afferenti alla progettazione ed alle altre attività "tecniche" nonché statuisce la base d'asta da utilizzare nelle gare per l'assegnazione di tali tipologie di incarico.

Il D.Lgs. 152/2008 muta, innanzitutto, il titolo dell'articolo, nel quale è inserito il riferimento ai "*fondi a disposizione delle stazioni appaltanti*"⁴⁶.

Il comma 2° dell'art. 92 del Codice disciplina la procedura per la determinazione delle tabelle dei corrispettivi delle attività "tecniche" espletabili dai soggetti di cui all'art. 91, demandandone la competenza al Ministro della Giustizia che dovrà tenere conto anche delle tariffe previste per le categorie professionali interessate. Il "terzo correttivo" introduce un principio di residualità dei corrispettivi nella determinazione della base d'asta per l'affidamento degli incarichi di progettazione. Nel nuovo sistema, impostato su di un principio di libera determinazione dei compensi, le amministrazioni hanno non più l'obbligo ma solo la facoltà di ricorrere ai corrispettivi predeterminati (oggi ai sensi del DM del 4.4.2001⁴⁷) per la definizione della base d'asta degli incarichi di progettazione; inoltre, qualora ricorrano a tali corrispettivi, esse dovranno espressamente motivarne l'adeguatezza⁴⁸.

⁴⁶ Allo stato, dunque il titolo dell'art. 92 del Codice è il seguente: "*Corrispettivi, incentivi per la progettazione e fondi a disposizione delle stazioni appaltanti*".

⁴⁷ La norma parla espressamente di "corrispettivi" e non di "tariffe" sì come delineate dalla Legge n. 143/1949.

⁴⁸ L'art. 2, comma 1, lett. t), del D.lg. n. 152/2008 introduce, all'art. 92 2° comma, un ultimo periodo nel quale è disposto che: "*I corrispettivi di cui al successivo comma 3 possono essere utilizzati dalle stazioni appaltanti, ove motivatamente ritenuti adeguati, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dell'importo da porre a base dell'affidamento*". Il terzo comma dell'art. 92 fa riferimento alle aliquote individuate con DM e dispone, nella testo riformulato, che: "*I corrispettivi delle attività di progettazione sono calcolati, ai fini della determinazione dell'importo da porre a base dell'affidamento, applicando le aliquote che il decreto di cui al comma 2 stabilisce ripartendo in tre aliquote percentuali la somma delle*



Inoltre, il “terzo correttivo” abroga, coerentemente, tutti i riferimenti alle tariffe per la determinazione della base d’asta, contenuti sia nel 4° comma dell’art. 92⁴⁹ che nell’ultimo periodo del 2° comma, dell’art. 2 del DL n. 223/2006, convertito nella legge 248/2006⁵⁰.

L’Amministrazione, dunque, determina discrezionalmente, come meglio crede, la base d’asta facendo, eventualmente, riferimento ai corrispettivi di cui al 2° comma dell’art. 92 (attualmente il DM 4 aprile 2001)⁵¹, ma nel solo caso in cui li ritenga adeguati.

Resta, tuttavia, aperta la questione della congruità dei corrispettivi posti a base d’asta lì dove non si faccia riferimento a valori predeterminati *ex lege* visto che, a prescindere dalla questione della legittimità dei minimi tariffari, detta base d’asta dovrebbe rappresentare un valido parametro oggettivo di riferimento per la confrontabilità delle offerte sotto i profili della convenienza economica e della validità tecnica.

aliquote attualmente fissate, per i livelli di progettazione, dalle tariffe in vigore per i medesimi livelli. Con lo stesso decreto sono rideterminate le tabelle dei corrispettivi a percentuale relativi alle diverse categorie di lavori, anche in relazione ai nuovi oneri finanziari assicurativi, e la percentuale per il pagamento dei corrispettivi per le attività di supporto di cui all'articolo 10, comma 7 nonché le attività del responsabile di progetto e le attività dei coordinatori in materia di sicurezza introdotti dal decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494. Per la progettazione preliminare si applica l'aliquota fissata per il progetto di massima e per il preventivo sommario; per la progettazione definitiva si applica l'aliquota fissata per il progetto esecutivo; per la progettazione esecutiva si applicano le aliquote fissate per il preventivo particolareggiato, per i particolari costruttivi e per i capitolati e i contratti”.

⁴⁹ L’art. 92, 4° comma, del Codice, prima delle modifiche di cui al citato D.Lgs. n. 152/2008, disponeva che: “i corrispettivi sono determinati ai sensi del comma 3, fatto salvo quanto previsto dal comma 12-bis dell’articolo 4 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155”. Si tenga, altresì, presente che ai sensi dell’art. 256 del Codice, come integrato dall’art. 2, 1° comma, lett. zz) n. 2) è peraltro abrogato l’art. 4, comma 12 bis del D.L. n. 65/1989 convertito con modificazioni nella legge n. 155/89 così sanandosi un difetto di raccordo piuttosto evidente e già evidenziato in passato.

⁵⁰ Il quale disponeva che: “Nelle procedure ad evidenza pubblica, le stazioni appaltanti possono utilizzare le tariffe, ove motivatamente ritenute adeguate, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dei compensi per attività professionali”.

⁵¹ Peraltro, tutt’oggi in vigore fino all’emanazione del nuovo DM di cui al 2° comma dell’art. 92, ai sensi del comma 17 dell’art. 253 del Codice.



Difatti la questione della determinazione della base d'asta per gli incarichi di progettazione assume una particolare importanza anche alla luce delle sue ripercussioni sulla valutazione della congruità dei prezzi offerti.

Nel previgente regime, ove era indiscutibile la vigenza dei minimi tariffari e l'obbligo per le stazioni appaltanti di farvi riferimento per la determinazione della base d'asta, problemi di congruità delle offerte non se ne ponevano, essendo gli interessi sottesi già sufficientemente tutelati.

Le incertezze sorte con la novella determinata dal D.Lgs. 152/2008 oltre ad essere paradossali, in quanto sono i soli incarichi di progettazione a non presentare un criterio predefinito per la determinazione della base d'asta (a differenza di tutti gli appalti aventi ad oggetto le altre prestazioni per i quali l'art. 89 del Codice indica i criteri da utilizzare), conducono alla grave conseguenza di spostare la competizione per l'acquisizione di tali incarichi unicamente sul fattore "prezzo" anziché sul fattore tecnico, con inevitabile pregiudizio per la qualità progettuale e dunque dell'intera opera pubblica.

Tale rischio è accresciuto dal fatto che per gli incarichi di progettazione non è previsto alcun obbligo di valutazione dell'anomalia delle offerte. In casi come questi il "buon senso" delle stazioni appaltanti imporrebbe, al fine di sopperire a quello evidentemente assente del legislatore, di ricorrere comunque ad un'analisi della congruità delle offerte presentate quanto meno ai sensi dell'art. 86, 3° comma del Codice.



15. Incentivo per i tecnici dipendenti pubblici

Oggetto di recenti e susseguenti modifiche è anche il **5° comma dell'art. 92** del D.Lgs. n. 163/2006 che regola gli incentivi in favore dei dipendenti che svolgono attività di progettazione ovvero le altre attività tecniche previste dal Codice.

Particolarmente controversa è la vicenda normativa relativa alla determinazione dell'importo dell'incentivo che, allo stato, è fissato nella misura dello 0,5% dell'importo di un'opera o lavoro posto a base di gara. A tale quota si è giunti attraverso una serie di modifiche normative stratificatesi confusamente nel tempo.

Per primo, l'art. 61, comma 8 del D.L. n. 112/2008, convertito dalla Legge 133/2008, ha previsto (a partire dall'1 gennaio 2009)⁵² la modifica dell'entità della percentuale incentivante prevista in favore dei dipendenti chiamati ad espletare attività di progettazione, riducendola dal 2% allo 0,5% dell'importo posto a base di gara e destinando il residuo 1,5% ad un apposito capitolo di bilancio dello Stato.

Detta percentuale è stata poi nuovamente riportata al 2% in conseguenza dell'abrogazione del summenzionato art. 61 comma 8 D.L. 112/2008, ad opera dell'art. 1, comma 10 *quater*, lettera *b*, del

⁵² In particolare la norma in questione recante “*Ulteriori misure di riduzione della spesa ed abolizione della quota di partecipazione al costo per le prestazioni di assistenza specialistica*”, dispone all’ottavo comma che: “8. A decorrere dal 1° gennaio 2009, la percentuale prevista dall’articolo 92, comma 5, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e’ destinata nella misura dello 0,5 per cento alle finalità di cui alla medesima disposizione e, nella misura dell’1,5 per cento, e’ versata ad apposito capitolo dell’entrata del bilancio dello Stato”.



D.L. n. 162/2008⁵³ come introdotto dalla Legge di conversione n. 201 del 22/12/2008⁵⁴.

Ancora, poi, l'art. 18, comma 4 *sexies* del D.L. 185 del 29/11/2008, introdotto dalla legge di conversione n. 2 del 28/01/2009, ha reintrodotto la limitazione dell'incentivo allo 0,5% inserendo al comma 7 *bis* dell'art. 61 del D.L. n. 112/2008, una norma dal contenuto sostanzialmente analogo a quella di cui all'abrogato comma 8 del predetto articolo⁵⁵. Rispetto alla precedente previsione, la novella individua la destinazione delle risorse scaturenti dal residuo 1,5% dell'originario 2% al fondo per la tutela della sicurezza e del soccorso pubblico, inclusa l'assunzione di personale in deroga ai limiti stabiliti dalla legislazione vigente⁵⁶.

Resta, invece, vigente l'ulteriore modifica introdotta dal D.L. 162/2008 (art. 1, comma 10 *quater*, lett.a) che prevede una soglia di valore massimo dell'incentivo, valida per il **solo** dipendente

⁵³ Avente ad oggetto: *Interventi urgenti in materia di adeguamento dei prezzi di materiali da costruzione, di sostegno ai settori dell'autotrasporto, dell'agricoltura e della pesca professionale, nonché di finanziamento delle opere per il G8 e definizione degli adempimenti tributari per le regioni Marche ed Umbria, colpite dagli eventi sismici del 1997.*

⁵⁴ L'art 1, comma 10 *quater* della legge 201/2008 dispone che: "Allo scopo di fronteggiare la crisi nel settore delle opere pubbliche e al fine di incentivare la progettualità delle amministrazioni aggiudicatrici: a) all'articolo 92, comma 5, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163, il quarto periodo e' sostituito dal seguente: «La corresponsione dell'incentivo e' disposta dal dirigente preposto alla struttura competente, previo accertamento positivo delle specifiche attività svolte dai predetti dipendenti; limitatamente alle attività di progettazione, l'incentivo corrisposto al singolo dipendente non può superare l'importo del rispettivo trattamento economico complessivo annuo lordo; le quote parti dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte dai medesimi dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, ovvero prive del predetto accertamento, costituiscono economie.»; b) il comma 8 dell'articolo 61 del decreto-legge 25 giugno 2008, n.112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n.133, e' abrogato".

⁵⁵ In particolare l'art. 61, comma 7 *bis* del D.L. n. 112/2008, come riformulato dall'art. 1, comma 10 *quater* del D.L. 185/2008 dispone che: "A decorrere dal 1 gennaio 2009, la percentuale prevista dall'articolo 92, comma 5, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, e' destinata nella misura dello 0,5 per cento alle finalità di cui alla medesima disposizione e, nella misura dell'1,5 per cento, e' versata ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato per essere destinata al fondo di cui al comma 17 del presente articolo".

⁵⁶ Fondo previsto dall'art. 61, comma 17 del D.L. n. 112/2008 come convertito dalla legge 133/2008.



progettista, che non potrà superare l'importo del rispettivo trattamento economico complessivo annuo lordo.

Peraltro è il caso di ribadire che l'incentivo è un emolumento sicuramente di natura retributiva, ma chiaramente eccezionale, la cui giustificazione è riconducibile alle peculiari responsabilità assunte dal dipendente tecnico. Dette ragioni vengono meno ove l'attività esercitata afferisca alle ordinarie mansioni di ufficio e non comporti l'assunzione di particolari responsabilità (come avverrebbe nel caso di attività connesse al funzionamento dell'amministrazione ovvero attività meramente strumentali in relazione all'intervento).

Da citare infine la norma di cui al comma 7 *bis* la quale espressamente inserisce fra le spese tecniche a carico della stazione appaltante le spese di assicurazione dei dipendenti e, le non meglio definite *spese di carattere strumentale* sostenute dalla pubblica amministrazione in relazione all'intervento.

Non può dubitarsi che la norma in parola si riferisca a spese già comprese e coperte dall'incentivo di cui sopra, in quanto lo stesso art. 3 del D.Lgs. 152/2008 non prevede oneri aggiuntivi allo Stato per i provvedimenti emanati. È, difatti, evidente che se così non fosse si registrerebbe un incremento delle spese a carico dello Stato.

Del pari la medesima disposizione normativa fa riferimento generico alle spese di assicurazione dei dipendenti (tutti e non solamente progettisti e/o tecnici ai quali si riferisce la specifica normativa speciale di cui al DPR n. 554/99 – art. 105 e 106).

Va sottolineato che la norma parla genericamente di dipendenti e di assicurazione così come di attività strumentale della pubblica amministrazione (non specificando se essa sia tecnica e/o amministrativa). Ove la norma sia interpretata in senso estensivo (ossia come applicabile a qualsiasi dipendente) essa potrebbe intendersi anche illegittima sotto il profilo costituzionale per



contrarietà con l'art. 28 della Costituzione sulla responsabilità amministrativa dei dipendenti pubblici⁵⁷.

⁵⁷ Si ricordi che la giurisprudenza contabile ha da tempo affermato l'illegittimità dell'azione volta a fra gravare sulla pubblica amministrazione gli oneri assicurativi del dipendente per la copertura di responsabilità amministrativa. È stato precisato difatti che: *“La stipula di contratti per la copertura assicurativa per la responsabilità amministrativo-contabile, con oneri a carico dell'ente locale ed in definitiva della collettività, non è legittima, atteso che appare del tutto in contrasto con l'ordinamento l'assunzione, da parte di un ente pubblico, dell'onere della tutela assicurativa dei propri amministratori o dipendenti con riferimento alla responsabilità amministrativa per danno erariale, per contrarietà di tale assunzione di spesa al principio di responsabilità personale cui all'art. 28, Cost., tenendo anche conto della peculiare natura di tale forma di responsabilità in relazione alla sua funzione di deterrenza verso dipendenti ed amministratori, che ne costituisce contenuto essenziale accanto a quello risarcitorio. Sussiste la colpa grave tenuto conto che nessuna norma né clausola contrattuale collettiva consentiva, nella fattispecie, di affermare che una simile copertura dovesse o, più semplicemente, potesse restare a carico dell'erario. Si consideri pure che, sotto il profilo obiettivo e civilistico, per i contratti con i quali l'ente locale abbia assicurato i propri dirigenti e funzionari dei rischi conseguenti a responsabilità amministrativo-contabile, la cui disciplina rientra nelle materie di contrattazione collettiva, il divieto di stipulazione è stato introdotto chiaramente dall'art. 43, C.C.N.L. del 14 settembre 2000 del comparto enti locali, tenuto pure conto del fatto che non appare invocabile alcuna "obiettivo difficoltà interpretativa" visto che la giurisprudenza della Corte dei conti aveva affermato già nel 1991, nella nota sentenza n. 707/A del 5 aprile 1991 delle Sezioni Riunite, che "la copertura assicurativa, implicando una spesa pubblica, deve corrispondere adeguatamente allo scopo di salvaguardare soltanto la responsabilità civile incombente sulla struttura organizzativa pubblica, riguardata come mandante, con esclusione, cioè, di qualsiasi aggravio che deriva dall'assicurare anche altre evenienze dannose, le quali, non connesse all'espletamento del mandato, debbono restare a carico delle persone fisiche degli amministratori"* (da ultimo Corte dei Conti - Regione Siciliana - Sez. Giurisdizionale - Sentenza 8 maggio 2008 , n. 1251).

16. Aggiudicazione

Con riferimento al criterio di aggiudicazione *dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, ed in particolare alla determinazione dei punteggi da assegnare ai singoli criteri di valutazione, il D.Lgs. 152/2008 sopprime, in quanto contraria al principio di parità di trattamento fissato dalle Direttive, la disposizione di cui all'**art. 83, comma 4** che prevedeva che la commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, potesse individuare, in via generale, i criteri motivazionali cui attenersi per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra un minimo e massimo prestabiliti dal bando. A seguito della novella, tali criteri dovranno essere individuati direttamente dalla *lex specialis* (bando) e prima della nomina della Commissione di gara. La soppressione del citato periodo dovrebbe consentire di ridurre il contenzioso incentrato sulla distinzione tra sub-criteri e "criteri motivazionali". A volte, infatti, i non aggiudicatari eccepiscono che i criteri motivazionali elaborati dalla Commissione sono in realtà sub-criteri, i quali sfuggono ad una determinazione della Commissione, dovendo essere predeterminati nel bando⁵⁸.

Per quanto concerne gli appalti sopra soglia, da citare anche le modifiche di cui all'**art. 88, comma 7** del Codice, che riguarda il procedimento di verifica delle offerte anomale. La modifica stabilisce che solo all'esito del procedimento di verifica progressiva delle offerte presunte anomale, la stazione appaltante possa dichiarare le eventuali esclusioni e l'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala.

⁵⁸ Sul punto si veda il Parere n.2357/08 del Consiglio di Stato nel quale, al punto 2.5 si puntualizza che: "*La modifica r) riguarda l'articolo 83, comma 4, laddove sopprime il terzo periodo. La soppressione viene condivisa dalla Sezione, atteso che l'affidare alla Commissione giudicatrice il compito di fissare i criteri motivazionali per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo ed il massimo prestabiliti dal bando, può risolversi - come risulta anche da non pochi arresti giurisprudenziali - nella violazione del principio di trasparenza e di preconnoscenza di tutte le condizioni del bando da parte degli operatori economici*".

La novella interviene anche sulla, sempre contestata, disciplina dell'esclusione automatica delle offerte anomale la cui operatività, già limitata ai soli appalti sotto-soglia, è stata ulteriormente circoscritta (per lavori, servizi e forniture) per conformarla ai principi dettati dalla Corte di Giustizia nella citata sentenza del 15/05/2008⁵⁹. Difatti, per quanto concerne i lavori, l'esclusione automatica sarà esperibile nei soli casi di lavori d'importo **massimo di 1 milione di euro**, aggiudicati con criterio del prezzo più basso e con un numero di offerte ammesse alla valutazione **almeno pari a dieci**⁶⁰.

Parimenti, nel caso di appalti aventi ad oggetto servizi e forniture, l'esclusione automatica sarà esperibile nei soli casi di lavori d'importo **massimo di 100.000 euro**, aggiudicati con criterio del prezzo più basso e con un numero di offerte ammesse alla valutazione **almeno pari a dieci**⁶¹.

Restano, invece, fermi i principi dettati dall'art. 83 del Codice per la determinazione delle soglie di anomalia.

⁵⁹ La Corte di giustizia, nella citata sentenza, sostiene che non è compatibile con la normativa europea qualsiasi criterio matematico che precluda alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di verificare la composizione di tali offerte, richiedendo agli offerenti interessati precisazioni in merito a queste ultime, mentre sarebbe invece conforme alla disciplina comunitaria una normativa nazionale o locale che consentisse all'amministrazione aggiudicatrice - in presenza di un numero talmente elevato di offerte da obbligarla a verificare in contraddittorio un numero di offerte troppo alto per la sua capacità amministrativa - di fissare una soglia ragionevole al di sopra della quale si applicherebbe l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse. Pertanto, come sottolinea la relazione illustrativa, *“si preferisce allineare del tutto la disciplina delle offerte anomale negli appalti sotto soglia a quella degli appalti sopra soglia. In tal modo si evitano anche tutti gli effetti distortivi derivanti dalla determinazione di una soglia matematica e dall'esclusione automatica di tutte le offerte di importo pari o superiore a detta soglia”*.

⁶⁰ Art. 122, 9° comma del Codice come modificato dall'art. 1, lett. v) del D.Lgs. n. 152/2008.

⁶¹ Art. 124, 8° comma del Codice come modificato dall'art. 1, lett. w) del D.Lgs. n. 152/2008.

17. Assicurazione per i tecnici incaricati della verifica della progettazione

Il D.Lgs. 152/2008 modifica anche **nell'art. 112** del Codice, il quale disciplina l'attività di verifica dell'attività di progettazione, attraverso l'inserimento del comma 4 *bis* che prevede l'obbligo di assicurazione del soggetto incaricato dell'attività di verifica.

In particolare, la nuova norma prevede che la polizza debba avere ad oggetto la responsabilità civile professionale dell'incaricato ed estendersi anche al danno subito dall'opera a seguito di errori ed omissioni nell'espletamento dell'incarico. Il premio è a carico del quadro economico (rientra quindi fra le spese strumentali di cui al comma 7 *bis* dell'art. 92 del Codice?) e quindi della pubblica amministrazione ovvero del singolo professionista a seconda che il soggetto incaricato sia un dipendente pubblico ovvero un professionista esterno⁶².

È, di conseguenza, abrogata la lettera *c* del comma 5 dell'art. 112 del Codice la quale prevedeva che in ogni caso, il soggetto che effettua la verifica del progetto, doveva essere munito di una polizza indennitaria civile per danni a terzi per i rischi derivanti dallo svolgimento dell'attività di propria competenza.

⁶² Dispone la norma di cui all'art. 112, comma 4 *bis* del Codice che: *“Il soggetto incaricato dell'attività di verifica deve essere munito, dalla data di accettazione dell'incarico, di una polizza di responsabilità civile professionale, estesa al danno all'opera, dovuta ad errori od omissioni nello svolgimento dell'attività di verifica, avente le caratteristiche indicate nel regolamento. Il premio relativo a tale copertura assicurativa, per i soggetti interni alla stazione appaltante, è a carico per intero dell'amministrazione di appartenenza ed è ricompreso all'interno del quadro economico; l'amministrazione di appartenenza vi deve obbligatoriamente provvedere entro la data di validazione del progetto. Il premio è a carico del soggetto affidatario, qualora questi sia soggetto esterno”*.

18. Procedura negoziata per gli appalti d'importo inferiore alla soglia comunitaria

Il legislatore è intervenuto anche sulla regolamentazione della procedura negoziata, per i soli appalti di lavori d'importo inferiore alla soglia comunitaria. Tale innovazione è stata apportata dall'art. 1, comma 10 *quinques* del D.L. 162/2008 convertito nella Legge 22/12/2008, n. 201 e investe l'**art. 122** del D.Lgs. n. 163/2006.

L'art. 122 del Codice prevedeva la possibilità di ricorrere liberamente alla procedura negoziata, oltre che nei casi di cui agli artt. 56 e 57, anche per i lavori d'importo non superiore ai 100.000 euro⁶³. L'art.1 comma 10 *quinques* D.L. 23/10/2008, n. 162 (cd "decreto prezzi")⁶⁴ ha integrato l'art. 122, inserendovi il comma 7 *bis* che introduce una ulteriore fattispecie di procedura negoziata esperibile per i **sol**i lavori pubblici d'importo compreso fra i 100.000 ed i 499.999 euro⁶⁵ (inferiore ai 500.000 euro).

Sulle modalità procedurali, il comma in esame introduce una disciplina analoga a quella prescritta per l'affidamento dei lavori sotto-soglia a scomputo degli oneri di urbanizzazione. L'affidamento potrà avvenire secondo la procedura negoziata di cui all'art 57, 6° comma, del Codice (dunque senza la preventiva pubblicazione del bando di gara) e dovrà essere condotta dal *Responsabile del procedimento*, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e con invito rivolto ad

⁶³ Art. 122, 7° comma, del D.Lgs. n. 163/2006.

⁶⁴ Convertito con la L. 22/12/2008, n. 201 pubblicata sulla GURI n. 298 del 22/12/2008.

⁶⁵ In particolare l'art. 1, comma 10 *quinques* del DL 162/2008 dispone che: "Allo scopo di fronteggiare la crisi nel settore delle opere pubbliche e al fine di semplificare le procedure d'appalto per i lavori sotto soglia, all'articolo 122 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163, e successive modificazioni, dopo il comma 7 e' inserito il seguente: «7-bis. I lavori di importo complessivo pari o superiore a 100.000 euro e inferiore a 500.000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito e' rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tale numero".



almeno cinque concorrenti (e non tre come nelle procedure negoziate ordinarie) ove sia presente un tale numero di aspiranti idonei.

In conformità alla norma richiamata la stazione appaltante sarà tenuta ad indicare e verificare i requisiti minimi di qualificazione dei concorrenti⁶⁶ invitati ed aggiudicare i lavori secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La novella viene giustificata con la necessità di perseguire esigenze di funzionalità e rapidità dell'azione della pubblica amministrazione.

Tali obiettivi appaiono incoerenti con la finalità propria del D.L. 162/2008 identificata nell'esigenza di evitare il blocco della realizzazione di importanti infrastrutture per lo sviluppo del Paese e dare slancio all'occupazione.

Appare *ictu oculi* scontato che le opere d'importo non eccedente il valore di 500.000 euro non possano configurarsi come "importanti infrastrutture per lo sviluppo del paese". Il ricorso alla trattativa privata comporta, invece, un evidente rischio per la trasparenza delle procedure ed, in genere, il buon andamento della pubblica amministrazione: rischio aggravato dal fatto che con la novella la procedura negoziata perde il proprio carattere di procedura eccezionale, assurgendo al rango di procedura di aggiudicazione ordinaria per una consistente "fetta" del mercato dei lavori pubblici.

⁶⁶ I requisiti di qualificazione dei concorrenti dovranno essere identici a quelli prescritti dalla legge per la partecipazione alle procedure aperte e ristrette per l'aggiudicazione di lavori di pari importo.

19. Adeguamento prezzi dei materiali

Il D.L. 162/2008, convertito nella Legge n. 201/2008, interviene sulla disciplina dell'adeguamento dei prezzi dei materiali da costruzioni disciplinata **dall'art. 133** del D.Lgs. n. 163/2006, in particolare modificando l'istituto della *compensazione* di cui ai commi 4 e seguenti.

Occorre premettere che l'art. 133 citato, seppur dopo una serie di modifiche normative, prevede tre diversi meccanismi di adeguamento dei prezzi per i lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti⁶⁷ che sono:

- a) il prezzo chiuso (comma 3)⁶⁸.
- b) l'anticipazione del pagamento del prezzo di alcuni materiali da costruzione (comma 1 bis introdotto dal D.Lgs. n. 152/2008)⁶⁹;

⁶⁷ Si ricorda che ai predetti appalti non si applica, infatti, la norma generale di cui al comma 1 dell'art. 1664 del Codice civile, che reca l'istituto della revisione prezzi per effetto di circostanze imprevedibili.

⁶⁸ Il prezzo chiuso consiste nel prezzo dei lavori al netto del ribasso d'asta, aumentato di una percentuale da applicarsi – nel caso in cui la differenza tra il tasso d'inflazione reale ed il tasso di inflazione programmata nell'anno precedente sia superiore al 2% – all'importo dei lavori ancora da eseguire per ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori. Tale percentuale è fissata da un decreto del Ministro delle Infrastrutture da emanare – a seguito delle recenti modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 152 del 2008 - entro il 31 marzo di ogni anno. Il meccanismo del prezzo chiuso è finalizzato a garantire la certezza di spesa dell'amministrazione, con l'unica eccezione di eventuali aumenti convenzionalmente riferiti ad indici inflattivi di carattere generale. L'applicazione del prezzo chiuso è legata all'indice di inflazione programmata e non a indici specifici di settore nonché alla durata dei lavori (superiore all'anno) e riguarda tutte le categorie di lavorazione (generali e specializzate). Si consideri che, fino ad oggi, l'istituto non ha mai trovato applicazione in quanto il D.M. 6 dicembre 2006 ed il D.M. 5 settembre 2008, con i quali sono stati indicati gli scostamenti percentuali tra tasso d'inflazione reale e quello programmato per gli anni compresi tra il 1993 ed il 2005 e per gli anni 2006 e 2007, hanno rilevato uno scostamento inferiore al 2%. Si noti che, ai sensi del comma 3 *bis* dell'art. 133 del Codice, introdotto dall'art. 2, comma 1, lett. gg), n. 3 del D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, "A pena di decadenza, l'appaltatore presenta alla stazione appaltante l'istanza di applicazione del prezzo chiuso, ai sensi del comma 3, entro sessanta giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del decreto ministeriale di cui al medesimo comma 3".



- c) la compensazione dell'aumento o diminuzione dei prezzi dei singoli materiali da costruzione (commi 4 e seguenti del Codice modificati dal D.L. 162/2008 in esame)⁷⁰.

La modifica apportata dal D.L. 162/2008 rinviene la propria *ratio* nella necessità di porre rimedio all'aumento repentino dei costi dei materiali di costruzione, verificatosi nel corso dell'anno 2008; aumento che sembrerebbe avere inciso significativamente sull'equilibrio dei rapporti contrattuali tra le stazioni appaltanti e le imprese esecutrici.

La questione era stata già affrontata dal D.Lgs. 163/2006 che all'art. 133⁷¹ (in particolare comma 4 e seguenti introdotti dal D.Lgs. n. 6/2007), come detto, già prevedeva l'istituto della "compensazione" alla quale l'appaltatore avrebbe potuto ricorrere nel caso in cui la variazione dei prezzi dei materiali da costruzione più significativi fosse stata superiore al 10 per cento al prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture nell'anno di presentazione dell'offerta con il decreto di cui al comma 6. La compensazione sarebbe stata circoscritta al superamento di detto limite del 10% e sarebbe stata pagata con le risorse stanziare nell'apposito fondo istituito presso il Ministero di cui sopra. Evidentemente, però, le misure ivi prescritte

⁶⁹ L'anticipazione configura, alle condizioni dettate dalla legge, un pagamento anticipato dei soli prezzi dei materiali di costruzione.

⁷⁰ La compensazione dispone l'adeguamento dei prezzi di singoli materiali da costruzione previsti nel contratto di appalto.

⁷¹ Dispone in particolare l'art. 133, commi 4-5-6- e 6 bis del D.Lgs. n. 163/2006 che: "4. In deroga a quanto previsto dal comma 2, qualora il prezzo di singoli materiali da costruzione, per effetto di circostanze eccezionali, subisca variazioni in aumento o in diminuzione, superiori al 10 per cento rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture nell'anno di presentazione dell'offerta con il decreto di cui al comma 6, si fa luogo a compensazioni, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il 10 per cento e nel limite delle risorse di cui al comma 7. 5. La compensazione è determinata applicando la percentuale di variazione che eccede il 10 per cento al prezzo dei singoli materiali da costruzione impiegati nelle lavorazioni contabilizzate nell'anno solare precedente al decreto di cui al comma 6 nelle quantità accertate dal direttore dei lavori. 6. Il Ministero delle infrastrutture, entro il 31 marzo di ogni anno, rileva con proprio decreto le variazioni percentuali annuali dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi. 6-bis. A pena di decadenza, l'appaltatore presenta alla stazione appaltante l'istanza di compensazione, ai sensi del comma 4, entro sessanta giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del decreto ministeriale di cui al comma 6".



non sono state ritenute sufficienti a sanare l'eccezionale incremento di del costo di tali materiali.

D'altra parte, lo stesso D.Lgs. n. 152/2008 provvedeva ad una seconda integrazione del citato art. 133 (con il comma 1 *bis*), introducendo la previsione di una (eccezionale quanto difficoltosa) **anticipazione** del prezzo circoscritta all'acquisto dei materiali di costruzione la cui attivazione è condizionata da una serie di adempimenti quali:

- 1) la previsione nel bando di gara di detto pagamento anticipato;
- 2) la presentazione da parte dell'esecutore di fattura o altro documento comprovanti il loro acquisto nella tipologia e quantità necessarie per l'esecuzione del contratto e la loro destinazione allo specifico contratto;
- 3) l'accettazione dei materiali da parte del direttore dei lavori;
- 4) l'accertamento, da parte del responsabile del procedimento, dell'effettivo inizio dei lavori e della conformità al cronoprogramma della loro esecuzione;
- 5) la costituzione, da parte dell'appaltatore, di una garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari al pagamento, maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero del pagamento stesso secondo il cronoprogramma dei lavori. La garanzia, ad incasso immediato, potrà essere escussa dal committente in caso di inadempimento dell'affidatario dei lavori, ovvero in caso di interruzione dei lavori o non completamento dell'opera per cause allo stesso non imputabili.

Tuttavia anche l'integrazione testè descritta non sembra avere risolto, stando a quanto affermato nella relazione al d.d.l. di conversione del DL n. 162/2008, la crisi allora in atto; al contrario sarebbe andata determinandosi una situazione di blocco di importanti



infrastrutture per lo sviluppo del Paese, con le conseguenti pesanti ricadute anche di ordine occupazionale⁷².

Stando a quanto affermato dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici l'obbiettiva rigidità della norma introdotta dal D.Lgs. n. 152/2008 ne avrebbe ostacolato un'applicazione efficace.⁷³

⁷² In particolare si evince dalla relazione tecnica al d.d.l. di conversione del DL n. 162/2008 che si erano registrati aumenti consistenti per i seguenti materiali da costruzione: ferro, rame e bitume. Secondo i dati riportati dagli operatori di settore, prosegue la relazione tecnica, la quotazione del ferro nel primo semestre 2008 era aumentata di circa il 100 per cento con una incidenza significativa sul costo totale di costruzione; il costante aumento del rame era dovuto al considerevole incremento della domanda a causa delle necessità dell'industria, di interventi speculativi e dalla sua adozione come bene rifugio; nel corso del primo semestre 2008 si rilevava un aumento di circa il 34 per cento del bitume. Secondo dati ISTAT riportati dalla stessa relazione, l'incremento di tali materiali aveva conseguentemente fatto salire anche i costi globali di costruzione nel 2008 (4,5% per le infrastrutture di trasporto, 3,4% per l'edilizia pubblica). L'aumento del prezzo dei materiali considerati riguarda, infatti, per il 30% le infrastrutture di trasporto e per un ulteriore 30% l'edilizia pubblica. Il restante 40% si riferisce ad opere coinvolte solo marginalmente dal fenomeno, quali le infrastrutture idriche, le opere di protezione dell'ambiente e di difesa del territorio, le opere relative ai beni culturali, le opere di urbanizzazione. Dai dati forniti, invece, da dieci grandi imprese di costruzione - impegnate nella realizzazione di 18 opere (due terzi delle quali facenti parte della legge obiettivo) - che hanno interpellato il Ministro delle infrastrutture - risulterebbe un aumento dei costi di 1.150 milioni di euro su un investimento totale di 9.536 milioni (+ 12%). Per alcune di tali opere, quali il Passante di Palermo e i maxilotti della strada statale Jonica, l'incremento sarebbe del 17%. Le imprese rilevano l'incremento di alcuni principali materiali e costi di costruzione, quali acciaio (tondino e profilato o lamiera), cemento, gasolio, bitume, nonché, in alcuni casi, anche energia elettrica e costi finanziari. Per l'acciaio gli aumenti sono stati superiori al 100%, con punte del 205% per la nuova stazione ad alta velocità di Bologna (tondino), del 203% per il passante ferroviario di Palermo (profilati), del 344% per il macrolotto 5 della Salerno Reggio Calabria (tondino), del 204% per la metropolitana di Brescia.

⁷³ In tal senso si veda anche l'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici nell'Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento del 31 luglio 2008. Secondo l'Autorità, le criticità riguardano soprattutto la lunghezza del procedimento, i limiti temporali di individuazione dell'incremento dei prezzi e la definizione delle "circostanze eccezionali". Si suggerisce quindi di **semplificare** il meccanismo **superando le scadenze temporali troppo rigide** della norma e costruendo forme di intervento maggiormente modulate rispetto al rapporto tra il periodo di svolgimento delle prestazioni e l'incremento dei prezzi. In particolare, al fine di rendere più efficace la norma, si suggerisce la revisione del meccanismo di adeguamento, riconoscendo alle imprese, che dimostrino di aver sopportato il maggior costo dei materiali, l'incremento dei prezzi (al netto dell'alea del 10%), indipendentemente dall'anno di formulazione dell'offerta; condizione necessaria affinché avvenga la compensazione è che l'esecuzione dell'appalto abbia raggiunto una buona percentuale di avanzamento (almeno il 30%) e che sia stato rispettato il cronoprogramma. L'Autorità ritiene opportuno, tuttavia, che la procedura di determinazione della "compensazione" sia contrattata tra impresa e stazione appaltante, sulla base di parametri oggettivi. Il procedimento, una volta attivato, dovrebbe essere semplice, trasparente e preciso con riferimento alle quantità del materiale presente nelle



Di qui, dunque, l'ulteriore intervento legislativo posto in essere con l'art. 1 del D.L. n. 162/2008 che novella l'istituto della compensazione. La norma (temporalmente circoscritta al solo anno 2008), prevede che, qualora sulla base della rilevazione da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti vi siano state delle variazioni percentuali superiori all'8% per cento dei prezzi dei materiali da costruzione più significativi, l'appaltatore abbia un vero e proprio diritto alla compensazione applicando alle quantità dei materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori nell'anno 2008, le variazioni dei prezzi rilevate dal decreto ministeriale che eccedano rispettivamente l'8 per cento se riferite esclusivamente all'anno 2008 ed il 10 per cento complessivo se riferite a più anni.

La novella procede, altresì, ad una semplificazione dell'iter procedimentale, disponendo che, nel caso in cui la variazione sia in **aumento**, l'appaltatore dovrà, a pena di decadenza, presentare alla stazione appaltante l'istanza di compensazione entro 30 giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto ministeriale di rilevazione delle variazioni. Nel caso in cui, invece, la variazione sia in **diminuzione**, spetterà d'ufficio alla **stazione appaltante** procedere alla compensazione entro trenta giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del citato decreto. Il responsabile del procedimento dovrà accertare, con proprio provvedimento, il credito della stazione appaltante, procedendo ad eventuali recuperi.

Nel caso delle variazioni in aumento, inoltre, la norma prevede anche che, in caso di ritardi nell'esecuzione dei lavori per cause addebitabili all'appaltatore ed accertate dal collaudatore o dal responsabile del procedimento, la **compensazione è subordinata** alla

unità di misura, in modo da poter risalire con certezza – conoscendo la quantità della lavorazione eseguita nel periodo, in base alla contabilità redatta dalla direzione dei lavori – alla specifica quantità di materiale impiegato che dà diritto alla compensazione. Infine, conclude l'Autorità, per rendere più efficace la norma, andrebbe rivisto il meccanismo con riferimento alla **rilevazione dei prezzi** che dovrebbe essere **su base mensile**, con la pubblicazione di un indice semestrale, in modo da poter compensare le imprese realmente interessate dagli aumenti delle materie prime.



costituzione, da parte dell'appaltatore, di **garanzia fideiussoria** bancaria o assicurativa **pari all'importo dell'adeguamento**. La garanzia è escussa nel caso di mancata restituzione delle somme indebitamente corrisposte, laddove l'imputabilità del ritardo all'impresa risulti definitivamente accertata dal collaudatore ovvero dal responsabile del procedimento.

Il 6° comma, dell'art. 133 del Codice prevede, infine, una incompatibilità fra il meccanismo della anticipazione di cui al comma 1 *bis* e quella della compensazione.

La norma di copertura finanziaria delle maggiori spese derivanti dalle compensazioni prevede un meccanismo «a cascata»: dapprima i fondi andranno reperiti all'interno del quadro economico dell'opera che ha subito l'aumento. Nel caso questi siano insufficienti, si dovranno rimodulare gli altri lavori contenuti nell'elenco annuale, a decorrere dalla programmazione triennale 2009-2011, ovvero ridimensionando o cancellando opere ritenute non prioritarie. Infine, se anche questo dovesse risultare insufficiente, si potrà attingere al Fondo per l'adeguamento prezzi gestito dal Ministero delle infrastrutture.

Viene conseguentemente istituito un apposito Fondo per l'adeguamento dei prezzi nello stato di previsione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, con una dotazione iniziale di 300 milioni di euro per l'anno 2009. Al relativo onere si provvede mediante riduzione dell'autorizzazione di spesa del Fondo per le aree sottoutilizzate (FAS). La definizione delle modalità di utilizzo del Fondo dovrà garantire due condizioni: la parità di accesso per la piccola, media e grande impresa di costruzione; la proporzionalità nell'assegnazione delle risorse agli aventi diritto.

20. *Project financing*

La modifica più consistente apportata dal D.Lgs. 152/2006 riguarda l'istituto del *project finance* e coinvolge gli articoli 153, 154, 155, 156 del Codice.

La Commissione europea⁷⁴ aveva censurato la previgente disciplina per due ragioni:

- l'assenza di pubblicità a livello comunitario degli avvisi di indizione del *project*;
- la posizione di sostanziale vantaggio del promotore, chiamato a partecipare esclusivamente ad una sola procedura di aggiudicazione negoziata.

Il superamento delle censure comunitarie rappresenta, tuttavia, solo lo spunto per l'attuazione di un intervento che stravolge la "vecchia" disciplina del *project*" introducendo una pluralità di procedure variamente articolate e fra loro differenziate. La riforma, difatti, si muove sostanzialmente nell'ottica della semplificazione delle procedure e questo nonostante il severo giudizio del Consiglio di Stato che ha ritenuto il *project* un inutile doppione dell'istituto della concessione ed in quanto tale da sopprimere.

La censura appare eccessiva soprattutto alla luce delle difficoltà connesse all'attività di progettazione propria soprattutto delle amministrazioni medio/piccole; in tali casi l'intervento privato diventa

⁷⁴ Nella decisione del 31.1.2008 che – pur prendendo atto della abrogazione del diritto di prelazione del promotore disposta con il d.lgs. n. 113/07 – si sottolinea la permanenza di una indebita posizione di vantaggio del promotore: *“Nel corso della procedura di attribuzione della concessione, infatti, il promotore non è su un piede di parità con gli altri operatori potenzialmente interessati in quanto ha il vantaggio di partecipare ad una procedura negoziata (fase della procedura di attribuzione) nella quale deve confrontarsi unicamente con i soggetti che hanno presentato le 2 migliori offerte nella gara precedente (fase 1), indetta sulla base della sua proposta”*.



risolutivo in quanto capace di individuare e proporre soluzioni tecnicamente innovative ed economicamente sostenibili.

In quest'ottica deve essere accolta con favore la previsione che limita i compiti della pubblica amministrazione procedente alla redazione del solo studio di fattibilità, affidando tutti i successivi livelli della progettazione al soggetto privato. Inoltre, i contenuti del progetto preliminare potranno essere oggetto di uno specifico dialogo tecnico atto a migliorarne i contenuti.

In sostanza, valutati i contenuti assolutamente sintetici e comunque tendenzialmente opzionali dello studio di fattibilità, la *project* assegna alla progettazione privata un ruolo centrale, demandandole le scelte strategiche dell'intervento seppur nell'ambito delle limitazioni disegnate dal disciplinare di gara che dovrà indicare, in particolare, l'ubicazione e la descrizione dell'intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire.

Per quanto concerne la disciplina sostanziale, il novellato art. 153 prevede, in sintesi, quattro distinte procedure di indizione ed aggiudicazione di un *project financing*:

- 1) una procedura ordinaria, ad iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice, che dovrà procedere mediante la pubblicazione di un bando di gara **per la selezione prima del promotore e poi del concessionario**⁷⁵;
- 2) una procedura ordinaria, ad iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice, in parte simile a quella di cui sopra fatta eccezione per l'oggetto che consiste **nell'assegnazione al promotore di un diritto di prelazione** ex art. 153, comma 15, lett. a) del Codice appalti;
- 3) **una procedura straordinaria, ad iniziativa dell'operatore economico**, esperibile qualora le amministrazioni

⁷⁵ Disciplinata dall'art. 153, commi da 1 a 14 del Codice.



aggiudicatrici non provvedano alla pubblicazione di un bando per la realizzazione di lavori inseriti nel programma triennale nel termine di sei mesi dall'approvazione di quest'ultimo⁷⁶;

- 4) la procedura di cui all'art. 153, comma 19 del Codice appalti che consente all'operatore economico di presentare **proposte di opere pubbliche**, senza alcun vincolo rispetto alle prescrizioni degli atti di programmazione della pubblica amministrazione.

La *prima procedura* di selezione del promotore è una procedura unica, che solo eventualmente può articolarsi in più fasi procedurali, ed ha ad oggetto la selezione del promotore; quest'ultimo non è più colui che presenta la "proposta", ma piuttosto l'operatore economico selezionato all'esito di una specifica procedura concorsuale indetta mediante pubblicazione di un bando di gara⁷⁷ e sulla base di uno **studio di fattibilità**⁷⁸ predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice ovvero adottato da quest'ultima nel caso in cui sia stato proposto da un soggetto privato⁷⁹. La procedura è finalizzata, come prescritto dal 1° comma dell'art. 153 alla presentazione di offerte che "*contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti*" ed è condizionata dall'inserimento dell'intervento negli specifici atti programmatori di cui all'art. 128 del Codice⁸⁰.

Le offerte dei concorrenti dovranno presentare i contenuti prescritti dal comma 9 dell'art. 153 ed in particolare: un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da una banca nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

⁷⁶ Disciplinata dall'art. 153, comma 16 del Codice.

⁷⁷ Secondo le modalità di cui agli artt. 66 o 122, e quindi a livello comunitario e non nazionale.

⁷⁸ Si consideri che, all'esito di una modifica dell'art. 128 del Codice (in tema di programmazione), il 6° comma oggi prevede che per l'inserimento dei lavori realizzabili in *project financing* nella programmazione sia sufficiente il solo studio di fattibilità.

⁷⁹ In quest'ultimo caso ai sensi dell'art. 153, comma 19 del Codice come introdotto dal D.Lgs. n. 152/2008.

⁸⁰ Specificatamente, l'intervento dovrà essere inserito negli allegati della programmazione finalizzati alla realizzazione di un intervento anche mediante il ricorso a capitali privati.



Il piano economico-finanziario dovrà comprendere l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del Codice civile. Tale importo, non potrà superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara (e non più, come avveniva precedentemente, dalla proposta del promotore).

Il criterio di aggiudicazione dovrà essere quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa determinata in base ai criteri ed ai punteggi assegnati dall'amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara (una novità specifica, questa dell'indicazione dei criteri, oggetto di contenzioso nel previgente regime normativo) che, tuttavia, dovrà necessariamente ponderare oltre a quanto previsto dall'art. 83 per il caso delle concessioni, anche gli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione. Inoltre il disciplinare di gara (che dovrà essere richiamato espressamente nel bando) dovrà indicare, in particolare, l'ubicazione e la descrizione dell'intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire, in modo da consentire che le proposte siano presentate secondo presupposti omogenei.

L'amministrazione potrà procedere all'affidamento della concessione in favore del promotore prescelto nel solo caso in cui non siano necessarie modifiche al progetto preliminare presentato ovvero, ove dette modifiche siano necessarie ed imposte dalla pubblica amministrazione, esse siano state accettate dal promotore.

La stipula del contratto potrà avvenire solo una volta che sia stato approvato il progetto preliminare da parte dell'amministrazione procedente. Nel caso in cui, invece, siano necessarie modifiche al progetto del promotore e queste ultime non siano accettate, l'amministrazione potrà negoziare la redazione della progettazione con i concorrenti utilmente collocati in graduatoria.

Come si vede, dunque, la procedura prevede una fase necessaria e due eventuali (negoziazione della proposta con il promotore ed

accettazione da parte di quest'ultimo delle modifiche proposte ovvero negoziazione; rigetto delle proposte e negoziazione ulteriore con gli altri concorrenti utilmente collocati in graduatoria)⁸¹.

Nel caso in cui la procedura si concluda con l'affidamento della concessione ad un soggetto diverso dal promotore, il concessionario dovrà rifondere al promotore le spese per la predisposizione delle offerte quantificate in una misura pari, come visto, al 2,5% del valore dell'intervento come determinato nello studio di fattibilità.

La *seconda tipologia procedurale* è sostanzialmente simile alla "vecchia" procedura di aggiudicazione del *project financing* (ivi incluso il diritto di prelazione), fatti ovviamente salvi i correttivi

⁸¹ Il 2° comma dell'art. 153 del Codice prevede che: *“Il bando, oltre al contenuto previsto dall'articolo 144, specifica: a) che l'amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità di richiedere al promotore prescelto, di cui al comma 10, lettera b), di apportare al progetto preliminare, da esso presentato, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto e che in tal caso la concessione è aggiudicata al promotore solo successivamente all'accettazione, da parte di quest'ultimo, delle modifiche progettuali nonché del conseguente eventuale adeguamento del piano economico-finanziario; b) che, in caso di mancata accettazione da parte del promotore di apportare modifiche al progetto preliminare, l'amministrazione ha facoltà di chiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche da apportare al progetto preliminare presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso”*. Il successivo comma 10 individua in dettaglio le varie fasi procedurali precisando che l'amministrazione: a) prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando; b) redige una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta; la nomina del promotore può aver luogo anche in presenza di una sola offerta; c) pone in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore, con le modalità indicate all'articolo 97. In tale fase è onere del promotore procedere alle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione del progetto, nonché a tutti gli adempimenti di legge anche ai fini della valutazione di impatto ambientale, senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo, nè incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano finanziario; d) quando il progetto non necessita di modifiche progettuali, procede direttamente alla stipula della concessione; e) qualora il promotore non accetti di modificare il progetto, ha facoltà di richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche al progetto presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso. Il comma 11 dispone che *“La stipulazione del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della conclusione, con esito positivo, della procedura di approvazione del progetto preliminare e della accettazione delle modifiche progettuali da parte del promotore, ovvero del diverso concorrente aggiudicatario”*. Infine, il comma 12 prevede che: *“Nel caso in cui risulti aggiudicatario della concessione un soggetto diverso dal promotore, quest'ultimo ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese di cui al comma 9, terzo periodo”*.



apportati al fine di preservare la trasparenza e la concorrenzialità dell'aggiudicazione. Rispetto alla prima procedura traspare un elemento di differenza sostanziale che ne giustifica anche la previsione: in essa, infatti, le varianti migliorative sono proposte direttamente dal "mercato" e non dal promotore ⁸².

Inoltre, tale seconda procedura è caratterizzata da una duplicità di fasi: la prima è diretta alla selezione del promotore ed all'assegnazione al medesimo del *diritto di prelazione*; diritto del quale egli potrà avvalersi nella seconda fase, diretta all'aggiudicazione della concessione.

La selezione del promotore dovrà avvenire in base alle regole viste sopra per il primo procedimento e dunque con una procedura ad evidenza pubblica, indetta sulla base di uno studio di fattibilità ed aggiudicata al migliore offerente selezionato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 153, commi 4 e 5 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i.⁸³ senza però la fase negoziale - ancorché eventuale - delle varianti migliorative prevista dal comma 3, lett. *a* e *b* dell'art. 153 del Codice.

Il promotore selezionato, in questo caso, sarà titolare di un diritto di prelazione (della cui esistenza ovviamente bisognerà fare menzione sicuramente nel primo, ma anche nel secondo bando di gara) che potrà far valere all'esito della successiva procedura di aggiudicazione della concessione.

Tale ultima procedura (alla quale il promotore non prenderà parte), anch'essa avviata mediante pubblicazione di un bando, dovrà essere indetta sulla base della proposta presentata dal promotore ivi incluso, chiaramente, il progetto preliminare approvato dall'amministrazione ai sensi del comma 10, lett. *c*) dell'art. 153 del

⁸² Ciò si evince inequivocabilmente dal primo capoverso del comma 15 dell'art. 153 che esclude espressamente dal contenuto del bando della procedura in questione quanto prescritto dal comma 3, lett. *a*) e *b*) dell'art. 153 del Codice.

⁸³ L'offerta devono avere i contenuti di cui al 9° comma dell'art. 153 del Codice.

Codice⁸⁴. I concorrenti saranno chiamati a presentare varianti migliorative alle condizioni del promotore che saranno valutate secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In presenza di eventuali offerte più vantaggiose rispetto a quelle del promotore quest'ultimo, come detto, avrà la possibilità di esercitare (entro 45 giorni) il diritto di prelazione. Del pari, qualora, non vi siano offerte più vantaggiose la concessione verrà aggiudicata al promotore.

Il successivo comma 16 dell'art. 153⁸⁵ disciplina la terza fattispecie di *project*, caratterizzata dall'indizione di una procedura

⁸⁴ L'art. 153, comma 15 del Codice, in verità, non fa alcun riferimento alla "offerta" del promotore, ma alle "condizioni economiche e contrattuali offerte dal promotore". La diversità degli appellativi non facilita la lettura della norma, per quanto essa non sembri riflettere una differenza sostanziale, visti i contenuti minimi dell'offerta delineati dal comma 9 dell'art. 153 (progetto preliminare, piano economico-finanziario asseverato, bozza di convenzione, modalità di erogazione e gestione del servizio) che sembrano in verità riconducibili alle condizioni contrattuali ed economiche offerte.

⁸⁵ L'art. 153, comma 16 del Codice dispone che: "In relazione a ciascun lavoro inserito nell'elenco annuale di cui al comma 1, per il quale le amministrazioni aggiudicatrici non provvedano alla pubblicazione dei bandi entro sei mesi dalla approvazione dello stesso elenco annuale, i soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8 possono presentare, entro e non oltre quattro mesi dal decorso di detto termine, una proposta avente il contenuto dell'offerta di cui al comma 9, garantita dalla cauzione di cui all'articolo 75, corredata dalla documentazione dimostrativa del possesso dei requisiti soggettivi e dell'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara ai sensi delle lettere a), b), c) del presente comma. Entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di quattro mesi di cui al periodo precedente, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono, anche nel caso in cui sia pervenuta una sola proposta, a pubblicare un avviso con le modalità di cui all'articolo 66 ovvero di cui all'articolo 122, secondo l'importo dei lavori, contenente i criteri in base ai quali si procede alla valutazione delle proposte. Le eventuali proposte rielaborate e ripresentate alla luce dei suddetti criteri e le nuove proposte sono presentate entro novanta giorni dalla pubblicazione di detto avviso; le amministrazioni aggiudicatrici esaminano dette proposte, unitamente alle proposte già presentate e non rielaborate, entro sei mesi dalla scadenza di detto termine. Le amministrazioni aggiudicatrici, verificato preliminarmente il possesso dei requisiti, individuano la proposta ritenuta di pubblico interesse, procedendo poi in via alternativa a: a) se il progetto preliminare necessita di modifiche, qualora ricorrano le condizioni di cui all'articolo 58, comma 2, indire un dialogo competitivo ponendo a base di esso il progetto preliminare e la proposta; b) se il progetto preliminare non necessita di modifiche, previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, bandire una concessione ai sensi dell'articolo 143, ponendo lo stesso progetto a base di gara ed invitando alla gara il promotore; c) se il progetto preliminare non necessita di modifiche, previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, procedere ai sensi del comma 15, lettere c), d), e), f), ponendo lo stesso progetto a base di gara e invitando alla gara il promotore".



straordinaria esperibile su iniziativa della parte privata (e non della pubblica amministrazione, come nelle fattispecie precedenti) qualora le amministrazioni aggiudicatrici non provvedano alla pubblicazione di un bando per la realizzazione di lavori inseriti nell'elenco annuale, entro sei mesi dall'approvazione di quest'ultimo.

In questo caso, infatti, i soggetti in possesso dei prescritti requisiti di qualificazione⁸⁶ potranno presentare (entro i quattro mesi successivi alla scadenza del termine di sei mesi) una proposta avente ad oggetto i contenuti prescritti dal 9° comma dell'art. 153 (un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da una banca nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione) che dovrà essere garantita da una cauzione provvisoria nei limiti di cui all'art. 75 del Codice (nel caso di mancata partecipazione alla gara successivamente indetta), nonché dall'impegno a prestare una cauzione per un importo pari al 2,5% del valore dell'investimento come desumibile dalla studio di fattibilità della pubblica amministrazione.

Sul contenuto dell'offerta si deve osservare che - considerando che essa dovrà riguardare necessariamente i lavori inseriti nell'elenco annuale di cui al comma 1 dell'art. 128 e che questi ultimi, di norma, vengono ivi inseriti in base ad un progetto preliminare⁸⁷ - in mancanza di esplicita previsione normativa contraria, è possibile avviare la procedura utilizzando il progetto preliminare già predisposto dall'amministrazione, senza costringere il proponente a predisporre uno nuovo.

Nei sessanta giorni successivi la scadenza del termine di quattro mesi, l'amministrazione aggiudicatrice (anche qualora sia pervenuta

⁸⁶ Ai sensi dell'art. 153, 8° comma, del Codice come modificato dal D.Lgs. n. 152/2008 che testualmente dispone: "Alla procedura sono ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario anche associando o consorziando altri soggetti, fermi restando i requisiti di cui all'articolo 38".

⁸⁷ Solo con il Dlgs 152/2008 si è prevista la facoltà di inserimento di tali lavori mediante studio di fattibilità per i soli lavori di cui all'art. 153 del Codice.

una sola proposta) dovrà⁸⁸ pubblicare un avviso⁸⁹ (ai sensi dell'art. 66 o, se sotto soglia, dell'art. 122 del Codice) contenente i criteri di valutazione delle proposte. Entro i successivi 90 giorni, i soggetti interessati potranno presentare nuove proposte ovvero rielaborare le proposte già presentate alla luce dei criteri di valutazione di cui sopra. L'amministrazione aggiudicatrice, quindi, procederà ad individuare la proposta di pubblico interesse e alternativamente (ai sensi delle lettere *a*, *b* e *c* del comma 16 dell'art. 153):

- a) ad avviare un *dialogo competitivo* con il proponente, nel solo caso in cui il progetto necessiti di modifiche, qualora ricorrano le condizioni di cui all'art. 58, 2° comma del Codice;
- b) ad approvare il progetto, qualora esso non necessiti di alcuna modifica, e successivamente ad indire una nuova gara per l'affidamento della concessione, ponendo a gara il detto progetto preliminare;
- c) ad approvare il progetto, anche in questo caso se esso non necessiti di alcuna modifica, ed indire una procedura di selezione del concessionario ai sensi del comma 15 lett. c) , d) ed f) dell'art. 153 del Codice.

Prima di procedere alla valutazione del pubblico interesse della proposta, l'amministrazione dovrà valutare il possesso dei requisiti di qualificazione dei concorrenti come prescritti dal regolamento generale e fermo restando quanto prescritto dall'art. 38 del Codice in materia di associazioni temporanee di imprese.

Il Codice prevede anche un graduato sistema di sanzioni a carico del concorrente che abbia presentato la proposta e,

⁸⁸ L'inciso "*provvede a pubblicare*" di cui al comma 16 dell'art. 153 denota un vero e proprio obbligo della pubblica amministrazione a procedere quale che sia la valenza del termine (perentoria o ordinatoria) dei 60 giorni.

⁸⁹ E non un bando come nelle prime due procedure. Tendenzialmente la diversità (fra bando ed avviso) dovrebbe essere anche sostanziale, tuttavia la norma prevede anche nel secondo l'obbligo di indicare i criteri di valutazione delle offerte.



successivamente, si astenga dal partecipare alle successive fasi procedurali. In particolare nel caso in cui non partecipi alla fase di selezione della proposta di pubblico interesse l'amministrazione potrà trattenere la cauzione provvisoria di cui all'art. 75 del Codice⁹⁰. Di contro invece se il promotore non risulti aggiudicatario nella procedura di cui al comma 16, lettera *a*, ha diritto al rimborso, con onere a carico dell'affidatario, delle spese sostenute nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo.

Al promotore che, invece, non risulti aggiudicatario nelle procedure di cui al comma 16, lettere *b* e *c*, è consentito ricorrere al diritto di prelazione⁹¹ e questo anche se, contrariamente alla procedura di cui al comma 15 dell'art. 153, detta prelazione non gli stata concessa all'esito di una procedura concorrenziale. Non è difficile intuire l'illegittimità, quanto meno alla luce dei vigenti principi di libera concorrenza comunitari, di siffatta procedura che, nel rinviare nuovamente all'esercizio del diritto di prelazione ripropone pressoché pedissequamente la regola censurata del "vecchio" art. 37 *ter* della legge 109/1994.

Da citare, infine, la *quarta procedura* di cui all'art. 153, comma 19 del Codice appalti, che delinea la fattispecie di *project* più prossima al modello anglosassone, in quanto consente all'operatore economico di presentare autonome proposte senza che esse siano necessariamente vincolate alle scelte di programmazione svolte dalla pubblica amministrazione⁹².

⁹⁰ Art. 153 comma 17 ai sensi del quale: "*Se il soggetto che ha presentato la proposta prescelta ai sensi del comma 16 non partecipa alle gare di cui alle lettere a), b) e c) del comma 16, l'amministrazione aggiudicatrice incamera la garanzia di cui all'articolo 75. Nelle gare di cui al comma 16, lettere a), b), c), si applica il comma 13.*"

⁹¹ Come si evince dall'ultima parte del comma 18 dell'art. 153 nel quale è prescritto che "...*Al promotore che non risulti aggiudicatario nelle procedure di cui al comma 16, lettere b) e c), si applica quanto previsto dal comma 15, lettere e) ed f)*". Il proponente, dunque, potrà risultare aggiudicatario conformandosi alla migliore offerta.

⁹² L'art. 153, comma 19 del Codice prevede che: "*I soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8, nonché i soggetti di cui al comma 20 possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, a mezzo di studi di fattibilità, proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale di cui*



La norma estende l'ambito soggettivo dei proponenti inserendo, accanto agli operatori economici (chiaramente qualificati ai sensi di quanto visto sopra), anche le società di ingegneria eventualmente associate con enti finanziatori e le Camere di commercio⁹³.

In questi casi la proposta potrà avere ad oggetto il solo studio di fattibilità (e non dunque il progetto preliminare) per la realizzazione di lavori non inseriti nella programmazione triennale ovvero negli altri strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice.

Le amministrazioni sono tenute a valutare le proposte entro sei mesi dal loro ricevimento e possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse; l'adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione dei lavori, né alla gestione dei relativi servizi.

Limitatamente alle ipotesi di cui ai commi 16, 19 e 20, i soggetti che hanno presentato le proposte possono recedere dalla composizione dei proponenti in ogni fase della procedura fino alla pubblicazione del bando di gara, purché tale recesso non faccia venir meno la presenza dei requisiti per la qualificazione. In ogni caso, la mancanza dei requisiti in capo a singoli soggetti comporta l'esclusione dei soggetti medesimi, senza inficiare la validità della proposta, a condizione che i restanti componenti posseggano i requisiti necessari per la qualificazione.

all'articolo 128 ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente”.

⁹³ Ai sensi dell'art. 153, comma 20 del Codice.

21. Livelli progettuali da porre a base di gara

Il D.Lgs. 152/2008 introduce, **all'art. 203** del Codice, il comma 3 *bis* ai sensi del quale: *“Per ogni intervento, il responsabile del procedimento, nella fase di progettazione preliminare, stabilisce il successivo livello progettuale da porre a base di gara e valuta motivatamente, esclusivamente sulla base della natura e delle caratteristiche del bene e dell'intervento conservativo, la possibilità di ridurre i livelli di definizione progettuale ed i relativi contenuti dei vari livelli progettuali, salvaguardandone la qualità”*.

La norma opera due modifiche importanti rispetto alla normativa previgente: l'una riguarda la possibilità concessa al Rup di determinare il livello progettuale da porre a base di gara (potendo esso essere anche quello preliminare) mentre la previgente formulazione dell'art 203 imponeva “di regola” la progettazione definitiva; l'altra, invece, afferisce alla possibilità sempre concessa al Rup di ridurre i livelli progettuali ed i relativi contenuti necessari per la realizzazione dell'opera.

La norma amplifica enormemente i poteri del Responsabile unico del procedimento (Rup); desta particolare perplessità e preoccupazione la possibilità di consentire l'omissione anche del livello progettuale definitivo per l'affidamento dei lavori. Si deve ricordare che il progetto preliminare, indipendentemente dalle caratteristiche dell'opera, è per propria natura eccessivamente generico per consentire un affidamento dei lavori trasparente e rispettoso delle esigenze di economicità e tempestività.