

Il codice dei contratti e il secondo decreto correttivo

aiE
assimpredil ance

Una selezione delle disposizioni più innovative,
con particolare riguardo agli aspetti inerenti alla
tutela giurisdizionale.

Il Decreto Legislativo 163/2007 (secondo decreto
correttivo) oltre a rendere operativi alcuni degli
istituti sospesi, interviene con significative
modifiche nella disciplina del Codice dei Contratti.

**Appunti dell'incontro di mercoledì 14 novembre 2007
con l'Avv. Prof. Giuseppe Franco Ferrari**

Professore Università Bocconi

Assimpredil Ance

Via san Maurilio 21

20123 Milano

T 02.88129549

F 0288129556

c. ba sso@assimpredilance.it

www.assimpredilance.it

IL CODICE DEI CONTRATTI E IL SECONDO DECRETO CORRETTIVO

*Una selezione delle disposizioni più innovative, con particolare
riguardo agli aspetti inerenti alla tutela giurisdizionale*

Il Codice dei contratti e il decreto correttivo

Come è noto, con il **Codice dei contratti** (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – G.U. n. 107/L del 2 maggio 2006) – in vigore dal 1° LUGLIO 2006 – il Legislatore italiano ha raccolto, in testo unitario di 257 articoli, le leggi emanate in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture dall’Unità d’Italia (legge fondamentale del 1865) ai giorni nostri.

L’impulso fondamentale all’adozione del Codice si deve all’entrata in vigore nell’ordinamento nazionale, a far data dal 1 febbraio 2006, delle direttive comunitarie nn. 17 e 18 del 2004 ed alla conseguente necessità di prevederne un puntuale ed integrale recepimento. Già con la legge comunitaria del 2004 (art. 25, l. n. 62/2005), peraltro, il Parlamento aveva delegato il Governo a recepire nel nostro ordinamento le direttive comunitarie citate.

A livello comunitario si era posta da tempo l’esigenza di intervenire sulla materia degli appalti pubblici mediante una riforma finalizzata alla semplificazione e razionalizzazione complessiva del quadro normativo, con l’individuazione di un *corpus* unitario di disposizioni a valere per forniture, servizi e lavori.

In particolare, la direttiva 18 ha introdotto una normativa unitaria per i tre settori, unificando la disciplina degli appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture nei

settori ordinari; la direttiva 17 è invece intervenuta sulla materia degli appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture nei settori c.d. “esclusi” o, meglio, “speciali” (gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica).

Se il recepimento delle direttive comunitarie non può dirsi abbia comportato radicali innovazioni quanto alla disciplina dei servizi e delle forniture (per le quali erano già state recepite le precedenti direttive), lo stesso non può dirsi quanto al settore dei lavori, per il quale il Codice ha invece introdotto significative innovazioni (su cui si veda meglio *infra*).

Più in generale, il Codice ha razionalizzato e semplificato le procedure di scelta del contraente e di selezione delle offerte anche mediante l'introduzione di nuovi istituti quali il dialogo competitivo, l'asta elettronica, l'accordo quadro e l'avvalimento.

Ecco dunque alcune delle principali novità del Codice:

- L'istituto dell'avvalimento (art. 49) di derivazione comunitaria; come è noto, il rapporto di “avvalimento” indica le modalità con le quali una impresa concorrente in un appalto pubblico utilizza, facendo in un certo senso proprie le capacità tecnico-economiche di un'altra, al fine di rispettare i requisiti richiesti da un bando di gara, essendo altrimenti preclusa la partecipazione. In altre parole, mediante l'istituto in commento, il concorrente ad una gara d'appalto indetta da un ente pubblico, al fine di raggiungere l'importo del fatturato (globale e/o specifico), ovvero la capacità tecnica richiesta dalla legge di gara condizione minima di partecipazione che di per sé non avrebbe, può utilizzare la capacità economico-finanziaria di imprese terze. Tale possibilità è estesa, in caso di R.T.I., Consorzio o gruppo, alle singole Imprese raggruppate o raggruppande, ovvero consorziate o consorziande.

- Il dialogo competitivo (art. 58), che consiste in una procedura mista, aperta nella prima fase e ristretta nella seconda, e trova ingresso esclusivamente negli appalti particolarmente complessi, allorché le stazioni appaltanti non siano in grado, da sole, di definire sotto il profilo tecnico, giuridico e finanziario, i mezzi necessari a soddisfare le loro esigenze, di impostazione del progetto e di valutazione della portata delle diverse soluzioni. Dopo la fase iniziale di dialogo aperto, di

collaborazione tra la stazione appaltante e le imprese coinvolte nel “dialogo”, nella quale vengono definiti sotto tutti i profili i bisogni dell’Amministrazione, la procedura si conclude con la selezione delle offerte con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

- L’asta elettronica è una modalità di selezione delle offerte presentate nell’ambito di una procedura aperta, ristretta o negoziata, basata su un dispositivo elettronico di visione delle condizioni del contratto, invio e classificazione automatica delle offerte.

- L’accordo quadro (art. 59) è una procedura di scelta del contraente con la quale le stazioni appaltanti definiscono con uno o più operatori economici, contestualmente selezionati, le clausole relative alla qualità, quantità, pregio tecnico, termini di esecuzione e prezzi degli appalti da aggiudicare nell’arco di periodo determinato. Tale istituto è stato oggetto delle modificazioni apportate dal c.d. secondo decreto correttivo (d.lgs. 113/2007) che, per i lavori, ne ha ridotto la portata applicativa, ammettendola esclusivamente in relazione ai lavori di manutenzione e non più, come nella versione iniziale della norma, anche nei casi da prevedersi nel Regolamento, in cui i lavori fossero connotati da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate. Analoga modifica ha riguardato anche l’ammissibilità degli accordi quadro per la progettazione e per gli altri servizi di natura intellettuale, che la nuova versione espressamente sottrae all’applicazione dell’istituto.

- Gli appalti di lavori pubblici sono il settore sul quale, come si è detto, il recepimento della direttiva comunitaria 18 ha avuto l’impatto più significativo. In particolare, rispetto alla legge n. 109/1994, per i contratti sopra soglia, giova segnalare tra le principali modifiche:

- scelta, rimessa alla stazione appaltante, tra criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa;
- ricorso generalizzato all’appalto integrato, ossia all’appalto caratterizzato dalla commistione delle attività di progettazione ed attività di esecuzione dei lavori che, ai sensi della Merloni, erano tenute distinte;
- nell’appalto di progettazione ed esecuzione è chiarito che le imprese di costruzione devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti o, in mancanza, devono associare un progettista qualificato;

- ampliamento delle ipotesi di ricorso alla procedura negoziata in conformità alle previsioni comunitarie;
 - possibilità per le Amministrazioni giudicatrici di prevedere che il titolare del permesso di costruire assuma la veste di promotore per l'esecuzione delle opere di urbanizzazione;
 - procedura ristretta con scelta delle imprese da invitare rimessa alla stazione appaltante, limitatamente agli appalti di importo particolarmente elevato;
 - regime di verifica delle offerte anomale più rispettoso, quanto al momento ed all'oggetto della verifica, del diritto comunitario.
- Per gli appalti di lavori sotto soglia, la semplificazione voluta dal Codice si sostanzia:
- in un regime di pubblicità semplificata;
 - in termini ridotti rispetto alla disciplina dei contratti sopra soglia;
 - snellimento della licitazione privata semplificata (procedura ristretta semplificata).

I decreti correttivi

Il Codice dei contratti, come è noto, è stato oggetto di modifica ad opera di due decreti correttivi: il d.lgs. 26 gennaio 2007 n. 6 ed il d.lgs. 31 luglio 2007 (c.d. “primo decreto correttivo” – G.U. n. 25 del 31 gennaio 2007, in vigore dall'1 febbraio 2007), n. 113 (c.d. “secondo decreto correttivo” –G.U. n. 176 del 31 luglio 2007, in vigore dal 1 agosto 2007).

Il potere correttivo è stato esercitato dal Governo sulla base dell'art. 25 della legge delega n. 62/2005 che prevedeva che “entro due anni dalla entrata in vigore dei decreti legislativi previsti dal comma 1 possono essere emanate disposizioni correttive ed integrative nel rispetto delle procedure di cui all'articolo 1, commi 2, 3, 4”.

Con riguardo in particolare al secondo decreto correttivo, Il Governo ha dichiarato di voler proseguire l'opera di "revisione progressiva" della complessa disciplina adottata nel 2006 "con una formula che consente di distinguere i singoli "moduli", corrispondenti ad autonome fasi del complessivo processo di riordino nell'arco di tempo per il quale ciò è consentito dalla legge delega".

Un primo gruppo di disposizioni correttive previste con il nuovo decreto correttivo – una selezione delle quali sarà esaminata nel dettaglio nel prosieguo con particolare riguardo ai profili inerenti alla tutela giurisdizionale – interessano istituti giuridici la cui concreta applicazione era stata sospesa all'entrata in vigore del Codice. Le principali modifiche riguardano:

- soppressione di due ipotesi di procedura negoziata previa pubblicazione del bando (difficoltà di determinare l'importo a base di affidamento o di individuare le specifiche tecniche con sufficiente precisione);
- soppressione dell'ipotesi di procedura negoziata senza bando di cui all'art. 54, comma 5, lett. b) (la c.d. ripetizione di lavori analoghi);
- limitazione dell'accordo quadro, con riferimento ai lavori (vd. *supra*);
- differimento della disciplina del dialogo competitivo e dell'appalto integrato all'entrata in vigore del Regolamento;
- modifiche alla disciplina del dialogo competitivo;
- concorsi di progettazione, fattispecie estesa ai concorsi di idee sotto soglia comunitaria (art. 110);
- concessioni di costruzione e gestione (art. 143), con previsione della possibilità di un prezzo di restituzione dell'opera al concedente per la quota non ammortizzata nel periodo di gestione;
- finanza di progetto per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici (artt. 161 e 163), con modificazioni tese ad favorire il ricorso a tale modalità di realizzazione dei LL.PP.

Particolare menzione deve essere data alle disposizioni finalizzate alla tutela del lavoro (art. 3 del decreto), con specifico riferimento alle condizioni di lavoro e ai

diritti dei lavoratori nell'esecuzione dei contratti pubblici, ed al rinvio all'emanando Regolamento generale della disciplina uniforme, nel rispetto del riparto di competenze tra Stato e Regioni, della tutela del diritto dei lavoratori.

Con il decreto in commento, il Governo ha inciso altresì sul differimento dell'entrata in vigore di alcune disposizioni del Codice, in particolare rinviando ulteriormente, rispetto alla data del 1° agosto 2007 di cui al primo decreto correttivo, l'entrata in vigore del dialogo competitivo in tutti i settori, nonché la liberalizzazione dell'appalto concorso e dell'appalto integrato per i lavori pubblici nei settori ordinari, che si applicheranno alle procedure i cui bandi o avvisi siano successivi all'entrata in vigore del Regolamento generale.

L'esecutivo ha in questo modo inteso individuare una serie di norme la cui disciplina, riformata, andrà a regime solo con l'entrata in vigore del Regolamento generale.

A far data dal 1° luglio 2007 sono peraltro entrate in vigore altre disposizioni del Codice ad applicazione, per così dire, differita, in quanto slegate dal Regolamento.

Ai sensi dell'art. 257, comma 2, del d.lgs. 163/2006 sono entrate in vigore, decorso un anno successivo quello dell'entrata in vigore del Codice:

- le disposizioni in tema di obblighi di comunicazione nei confronti dell'autorità e dell'Osservatorio relativamente a servizi e forniture;
- l'art. 240 riguardante l'accordo bonario per servizi e forniture.

Come è noto, entro il termine del 1° luglio 2007 avrebbe dovuto essere emanato anche il Regolamento generale di esecuzione del Codice dei contratti (art. 253, comma 2), sulla cui bozza si è invece solo recentemente pronunciato il Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, con parere del 17 settembre 2007, n. 3262/2007 (sul quale *infra*).

Il Regolamento

Sulla normativa di attuazione del codice dei contratti pubblici: il d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e lo schema del nuovo regolamento.

Il d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, recante regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici, ai sensi dell'art. 3 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e ss. mm., ha costituito un tassello importante di un quadro normativo unitario destinato, nelle intenzioni del legislatore, a dettare una disciplina che garantisca un completo e corretto svolgimento dell'attività di realizzazione delle opere pubbliche.

La l. n. 109/1994 si proponeva, infatti, fra l'altro di realizzare una razionalizzazione del pregresso sistema normativo caratterizzato da una sovrapposizione di fonti succedutesi in tempi diversi, tra loro non sempre coordinate ed il più delle volte tra loro contraddittorie.

Come noto, l'istituto della delegificazione “*è sostanzialmente caratterizzato dalla scelta, operata dal legislatore, di affidare ad una fonte più agibile e spedita, qual è l'atto regolamentare, la disciplina di materie che non si ritiene più utile riservare a fonti primarie; pertanto, è connaturale all'istituto che la potestà normativa conferita al Governo - ferma restando, ovviamente, la possibilità di diverse scelte successive - abbia carattere permanente e non temporaneo”.* (Corte conti, sez. controllo St., 12 ottobre 1994, n. 102).

E' stato ritenuto, in particolare, che “*l'attribuzione al Governo del potere di dettare una disciplina di rango secondario diversa da quella prevista da norme di legge si traduce nell'autorizzazione, ad autorità estranee al potere legislativo, ad interferire in materie istituzionalmente proprie di quest'ultimo e ad operare in ordine ad esse con efficacia sostanzialmente non dissimile da quella dei decreti emanati in attuazione di deleghe legislative; pertanto, ai sensi dell'art. 17, comma 2, legge 23*

agosto 1988 n. 400, in ipotesi di delegificazione di materie la determinazione di criteri e di principi direttivi, indispensabili per l'esercizio del potere regolamentare, deve essere espressamente e sufficientemente esplicitata". (Corte conti sez. cont. St. 10 maggio 1994, n. 32).

1. Lo schema del nuovo regolamento. *Iter* e struttura.

Detta scelta normativa è stata confermata dal Legislatore con il codice dei contratti pubblici d.lgs. n. 163/2006.

Come noto, il Governo ha approvato in via preliminare, in data 13 luglio 2007, lo schema di regolamento di attuazione ed esecuzione del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, previsto dall'art. 5, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, e predisposto dal Ministero delle infrastrutture.

Sul testo è stato acquisito il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici (obbligatorio, *ex art. 5, co. 4, del codice*) (parere 27 giugno 2007 n. 1901), e quello dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (facoltativo), nonché il visto della Ragioneria generale dello Stato in ordine alla relazione tecnica.

In merito agli atti di concerto previsti dall'art. 5, co. 4, del codice, dal verbale della seduta del Consiglio dei Ministri del 13 luglio 2007 risulta che il Consiglio approva lo schema di regolamento, e che con la delibera di approvazione "*si intendono acquisiti i concerti delle Amministrazioni competenti*".

Il testo consta di 363 articoli suddivisi nell'ambito di sette parti, nonché di 14 allegati da A a P.

Secondo l'art. 5 del codice, il nuovo regolamento generale di attuazione ed esecuzione del codice deve essere adottato entro un anno dall'entrata in vigore di quest'ultimo (termine, peraltro, non perentorio), ed entra in vigore 180 giorni dopo la sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (art. 253, co. 2, del codice).

Il regolamento previsto dall'art. 5 del codice dovrà sostituire i seguenti regolamenti:

- il d.P.R. n. 554/1999, il regolamento generale di attuazione della c.d. legge Merloni (l. n. 109/1994);-
- il d.P.R. n. 34/2000, regolamento di qualificazione per i lavori pubblici;
- il d.P.C.M. 13 marzo 1999, n. 117, in tema di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per i servizi di pulizia;
- il d.P.C.M. 18 novembre 2005, relativo al servizio sostitutivo di mensa, limitatamente, peraltro, come si dirà meglio oltre, alla disciplina attuativa del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- il d.P.R. 4 aprile 2002, n. 101, in tema di aste elettroniche.

Fino all'entrata in vigore del regolamento "*continueranno ad applicarsi il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, il decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e le altre disposizioni regolamentari vigenti*" (cfr. art. 253, comma 3, del Codice).

2. Lo schema di regolamento nel dettaglio (cfr. Relazione illustrativa dell'Ufficio Legislativo del Ministero delle Infrastrutture)

L'ambito applicativo del nuovo regolamento, sul versante soggettivo, è fissato dal menzionato art. 5, comma 1, del codice dei contratti che si riferisce alla "*disciplina esecutiva ed attuativa del presente codice in relazione ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di amministrazioni ed enti statali e, limitatamente agli aspetti di cui all'art. 4, comma 3, in relazione ai contratti di ogni altra amministrazione o soggetto equiparato*".

Dalla disposizione primaria si desume che la disciplina esecutiva ed attuativa contenuta nel regolamento trova applicazione non soltanto con riferimento ai contratti delle amministrazioni ed enti statali, ma anche – relativamente agli ambiti indicati nell'art. 4, comma 3, del Codice e rientranti in materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, della Costituzione – ai contratti di altre amministrazioni o soggetti equiparati.

Per ciò che concerne l'ambito applicativo del regolamento nei riguardi delle Regioni e Province autonome, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del Codice spetta alla stessa fonte regolamentare fissare quali disposizioni, attuative ed esecutive di norme codicistiche ascrivibili agli ambiti di materie di cui all'art. 4, comma 3, siano applicabili anche alle Regioni ed alle Province autonome.

Sul versante oggettivo, i confini contenutistici del regolamento vengono tracciati dall'art. 5, comma 5, che indica un elenco analitico di profili disciplinatori di competenza regolamentare, e si riferisce, nel contempo, alle materie per le quali la fonte regolamentare è di volta in volta richiamata da specifiche norme codicistiche.

In virtù della clausola di riserva risultante al combinato disposto degli artt. 5, comma 3 e 196, comma 1, il regolamento non contiene la disciplina esecutiva ed attuativa delle disposizioni codicistiche in materia di lavori, servizi e forniture nel settore della difesa e di competenza del genio militare. Tale disciplina, in ossequio all'art. 196, comma 1, è contenuta in un apposito regolamento da adottare, *ex art.* 17, comma 1, della legge n. 400/1988, su proposta del Ministro della difesa, di concerto con i Ministri delle infrastrutture e dell'economia e delle finanze.

Il regolamento contiene anche la disciplina delle procedure di affidamento ed esecuzione dei lavori, servizi e forniture eseguite nel territorio degli Stati esteri nell'ambito di attuazione della legge 26 febbraio 1987, n. 49, sulla cooperazione allo sviluppo, ed ai sensi dell'art. 5, comma 6, del Codice "tiene conto della specialità delle condizioni per la realizzazione dei lavori, servizi e forniture, e delle procedure applicate in materia dalle organizzazioni internazionali e dalla Unione europea".

Come si è detto, lo schema di regolamento consta di sette Parti:

Parte I (Disposizioni comuni);

Parte II (Contratti pubblici relativi a lavori nei settori ordinari);

Parte III (Contratti pubblici relativi a servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria nei settori ordinari);

Parte IV (Contratti pubblici relativi a forniture e altre servizi nei settori ordinari);

Parte V (Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori speciali);

Parte VI (Contenzioso);

Parte VII (Disposizioni transitorie e abrogazioni).

Come di seguito meglio evidenziato nella trattazione analitica riferita alle singole Parti, la struttura del testo segue, in linea di massima, l'ordine espositivo del Codice ed è conforme alla graduale evoluzione dei rapporti tra amministrazioni ed operatori economici, al fine di consentire agli operatori una consultazione fluida del testo regolamentare.

2.1. Parte I

Nella parte prima sono contenute le disposizioni comuni (a lavori, servizi e forniture) con l'individuazione chiara delle disposizioni riconducibili alla competenza statale esclusiva e concorrente tra Stato e Regioni (articolo 1).

Com'è noto, l'articolo 4, comma 3, del codice definisce di competenza esclusiva statale i seguenti ambiti:

- la qualificazione e la selezione dei concorrenti;
- le procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa;
- i criteri di aggiudicazione;
- il subappalto;
- i poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;
- le attività di progettazione e i piani di sicurezza;
- la stipulazione e l'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative;
- il contenzioso.

Resta altresì ferma la competenza esclusiva dello Stato a disciplinare:

- i contratti relativi alla tutela dei beni culturali;
- i contratti nel settore della difesa;

- i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza.

Relativamente alle materie oggetto di competenza concorrente tra Stato, Regioni e Province Autonome, l'articolo 4, comma 2, del codice prevede che le Regioni e le Province Autonome esercitino la propria potestà nel rispetto dei principi fondamentali contenuti nel codice in tema di:

- programmazione di lavori pubblici,
- approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi;
- organizzazione amministrativa;
- compiti e requisiti del responsabile del procedimento;
- sicurezza del lavoro.

Al comma 3 dell'articolo 1 del regolamento è individuato l'ambito di legislazione statale esclusiva.

In relazione ai contenuti specifici del regolamento, risulta attratta nella competenza esclusiva statale la totalità della disciplina prevista dal regolamento, ad esclusione delle disposizioni relative agli organi del procedimento e alla programmazione nei contratti relativi a lavori, servizi e forniture.

Considerata la specificità della disciplina contenuta nel codice per i lavori relativi alle infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi (parte II, titolo III, capo IV, del codice), si definisce con l'apposito articolo 2, l'ambito di applicazione del regolamento a tali lavori.

In particolare si chiarisce che per questi lavori parte della disciplina è contenuta nell'Allegato XXI al codice e quindi non si applicano le analoghe disposizioni regolamentari contenute nella parte II, titolo II (progettazione e verifica del progetto). Viceversa è specificato che le disposizioni contenute nella parte II, titolo IV (modalità tecniche e procedurali per la qualificazione dei contraenti generali), riproducenti le analoghe disposizioni del decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti del 27 maggio 2005 in tema di qualificazione del contraente generale, si

applicano unicamente alle infrastrutture strategiche. Seguono le definizioni (articolo 3) e la regolamentazione del sito informatico presso l'Osservatorio (articolo 4) che, insieme al sito del Ministero Infrastrutture, viene individuato dal codice per la pubblicazione telematica degli avvisi e dei bandi di gara.

2.2. Parte II

Nella parte seconda, la regolamentazione dei lavori nei settori ordinari, con un ordine degli argomenti che ricalca l'evoluzione temporale dell'opera: dall'individuazione del responsabile del procedimento (articoli 5 e 6) e dall'inserimento dell'opera nella programmazione (articoli da 7 a 10), alla progettazione e verifica del progetto (articoli da 11 a 56), all'esecuzione dei lavori (articoli da 145 a 174), alla contabilità (articoli da 175 a 210), fino al collaudo (articoli da 211 a 234).

In questa parte seconda sono confluiti i due principali regolamenti attuativi della Merloni: quello generale, il d.P.R. n. 554/99, e quello che disciplina il sistema di qualificazione, il d.P.R. n. 34/2000.

Nel titolo I, in relazione al responsabile del procedimento, si chiarisce che, per quanto riguarda i lavori, deve essere un funzionario in servizio anche di qualifica non dirigenziale (articolo 5), con idonea professionalità.

Nel titolo II tra i punti più significativi del nuovo regolamento si evidenzia una definizione più analitica dei livelli di progettazione (soprattutto la preliminare e definitiva), con particolare riferimento alle relazioni tecniche ed agli elaborati grafici, e la regolamentazione della verifica del progetto da parte di strutture interne o esterne alla stazione appaltante ma, comunque, accreditate.

Un apposito regolamento per la verifica del progetto era già previsto dall'articolo 30, comma 6 della legge n. 109/1994 come modificato dall'articolo 7 - comma 1 lettera t) - della legge n. 166/2002; la disposizione è ora riportata all'articolo 112, comma 5, del codice.

La verifica (articolo 42) è finalizzata ad accertare la conformità della soluzione progettuale prescelta alle specifiche disposizioni funzionali, prestazionali, normative e tecniche contenute nello studio di fattibilità, nel documento preliminare alla progettazione ovvero negli elaborati progettuali già approvati. La verifica accerta in particolare: la completezza della progettazione; la coerenza e completezza del quadro economico in tutti i suoi aspetti; l'appaltabilità della soluzione progettuale prescelta; i presupposti per la durabilità dell'opera nel tempo; la minimizzazione dei rischi di introduzione di varianti e di contenzioso; la possibilità di ultimazione dell'opera entro i termini previsti; la sicurezza delle maestranze e degli utilizzatori.

Le attività di verifica sono affidate ad organismi di ispezione (di tipo A, B e C) che, per lavori di importo superiore a 20 milioni di euro, devono essere accreditati ai sensi della norma UNI CEI EN ISO/IEC 17020.

Si segnala l'apertura agli organismi di tipo C del mercato delle attività di verifica superiore ai 20 milioni di euro relativo alle opere non strategiche, rispetto alla limitazione vigente per le infrastrutture strategiche che, sopra questa soglia, consentono l'operatività esclusiva degli organismi di tipo A e B.

Considerando il primato comunitario dell'Italia relativo al contenzioso, spesso relativo a problemi progettuali, si tratta di norme che potrebbero inaugurare un circolo virtuoso: più qualità progettuale, più opere di qualità, meno contenzioso.

Il titolo III (sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori) disciplina il sistema di qualificazione unico per tutti gli esecutori, a qualsiasi titolo, di lavori pubblici, di importo superiore a 150.000 euro, nonché di importo pari o inferiore. Il comma 2 dell'articolo 40 del codice dei contratti, diversamente dalla legge n. 109/94 che prevedeva un regolamento specifico per disciplinare la materia della qualificazione (d.P.R. n. 34/2000), ha stabilito che le norme regolamentari in tema di qualificazione fossero contenute e assorbite nel regolamento generale di cui all'articolo 5 del codice stesso. Gran parte delle modifiche e delle innovazioni contenute nelle norme del presente titolo, rispetto al testo delle norme del d.P.R. n.

34/2000, traggono origine, in primo luogo, dalla necessità di dare piena attuazione alle novità introdotte dal codice nella medesima materia.

L'articolo 40 del codice, che disciplina la materia della qualificazione, infatti, pur riprendendo sostanzialmente l'impostazione della normativa precedente (articolo 8 della legge n. 109/1994), tuttavia introduce delle importanti novità volte a perfezionare e a rendere più efficace il sistema della qualificazione, anche sotto il profilo del potenziamento dei controlli da esercitarsi sulle SOA. Da ciò è scaturita la nuova previsione (di cui al comma 4, lettera g), del codice) dell'applicazione di sanzioni pecuniarie e interdittive, sino alla revoca dell'autorizzazione, in caso di accertate irregolarità, illegittimità e illegalità commesse dalle SOA nel rilascio delle attestazioni.

Anche l'articolo 6 del codice, che disciplina i compiti dell'Autorità per la vigilanza, ha introdotto (comma 7, lettera m), nell'ottica di potenziare e rendere più capillare l'esercizio della vigilanza sull'operato delle SOA, il potere dell'Autorità di annullare le attestazioni rilasciate dalle SOA in difetto dei presupposti stabiliti dalle norme vigenti, nonché di sospendere, in via cautelare le attestazioni stesse.

Entrambe le norme sopra citate, unitamente alle altre norme di carattere innovativo, demandano al regolamento il compito di definire in modo più dettagliato la disciplina relativa e le modalità applicative.

Le ulteriori innovazioni e adattamenti, contenuti nel titolo III, sono stati dettati dalla necessità di adeguare e modulare il testo del d.P.R. n. 34/2000 alle novità ed alle esigenze operative intervenute nel corso degli anni, nonché dall'accoglimento di segnalazioni e proposte pervenute da enti e associazioni di categoria.

Al riguardo, si elencano di seguito gli articoli dello schema di regolamento nei quali sono state introdotte le più significative modifiche.

L'articolo 58, al comma 4, introduce due nuove classifiche (III-bis fino a euro 1.500.000 e IV-bis fino a euro 3.500.000) con le quali si è voluto aderire alle richieste avanzate dalle associazioni di categoria delle piccole e medie imprese, affinché anch'esse potessero essere qualificate per importi intermedi.

Con l'articolo 62 comma 2, è stato previsto l'adeguamento del capitale sociale delle SOA da 516.457 Euro a 1.000.000 di Euro. Nel comma 6, lettera g), è stato aggiunto il divieto, per le SOA, di svolgere attività di attestazione qualora le stesse abbiano utilizzato documentazione dell'impresa non veritiera, concernente i requisiti di ordine generale e speciale.

Il comma 10 dell'articolo 65 contiene la previsione che, in caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento aziendale, la SOA, nella sua nuova configurazione, debba essere, comunque, nuovamente autorizzata dall'Autorità allo svolgimento dell'attività di attestazione.

L'articolo 67, al comma 1, lettera f), introduce, per le SOA, l'obbligo di verificare, anche dopo il rilascio dell'attestazione, la permanenza del possesso dei requisiti di carattere generale, in capo alle imprese. Nel comma 3, si introduce, nell'ambito del generale divieto di ricorrere a prestazioni di soggetti esterni, il divieto per le SOA di avvalersi di promotori commerciali, al fine di tutelare la corretta competizione imprenditoriale tra le SOA e limitare l'instaurarsi di rapporti poco trasparenti tra SOA e imprese.

L'articolo 70 riproduce la disposizione di cui all'articolo 7, comma 9, del d.P.R. n. 34/2000, disciplinando le sanzioni per violazione da parte delle SOA dell'obbligo d'informazione.

L'articolo 71, di nuova introduzione, dà attuazione al potere dell'Autorità per la vigilanza di applicare sanzioni pecuniarie alle imprese che violino l'obbligo di fornire risposta alle proprie richieste di informazioni e trova il suo fondamento

legislativo nei commi 9, lettera a), e 11 dell'articolo 6 del codice, che prevedono espressamente detto potere.

Si evidenzia che, attraverso la previsione di cui al citato articolo, si è inteso fronteggiare la problematica, da più parti evidenziata (tra queste, la stessa Autorità e le SOA), della abitudine di alcune imprese a rimanere inerti alle richieste di informazioni da parte dell'Autorità, con l'evidente scopo di eludere il controllo sulle stesse. Stante questa situazione, è sembrato opportuno prevedere nei riguardi delle imprese, e nel rispetto della norma di rango primario, delle misure sanzionatorie finalizzate a moralizzare il settore, onde evitare il dilagare del fenomeno citato.

L'articolo 72, riprendendo quanto previsto dall'articolo 10, comma 5, d.P.R. n. 34/2000, disciplina il potere dell'Autorità di disporre sanzioni pecuniarie nei confronti delle SOA che svolgono la propria attività in modo non conforme alla norma. L'articolo 74 introduce, con il comma 10, la previsione per cui, in caso di cessione di azienda, l'impresa cedente può richiedere alla SOA una nuova attestazione relativa all'attività ceduta, non prima di cinque anni dall'atto di cessione. La suddetta previsione è stata inserita al fine di evitare la possibilità che l'impresa possa, in un periodo più breve del predetto termine, ricostituire la propria attestazione utilizzando i requisiti di carattere speciale già trasferiti in capo al cessionario.

Il comma 4 dell'articolo 77 estende alle SOA la possibilità di accedere alle informazioni del casellario giudiziale in modo integrale, come già previsto in favore degli enti pubblici dall'articolo 39 del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313.

L'articolo 78 ricalca, in gran parte, il testo dell'articolo 18 del d.P.R. n. 34/2000. Il comma 4 è stato riformulato allo scopo di meglio definire le modalità di dimostrazione della capacità economica e finanziaria attraverso la cifra di affari in lavori relativa all'attività indiretta delle imprese. Al comma 8 si attribuisce un maggior peso all'elemento rappresentato dall'attrezzatura a noleggio, consentendo maggiormente alle imprese di impegnare le risorse finanziarie per dotarsi di

attrezzature in funzione delle commesse acquisite, garantendo così l'utilizzazione di attrezzature adeguate al lavoro da realizzare e tecnologicamente aggiornate.

Il comma 16, di nuova introduzione, disciplina i requisiti necessari per l'ottenimento della qualificazione nella categoria OG11 e prevede che, in tal caso, l'impresa debba dimostrare di possedere almeno il 70% dei requisiti di ordine speciale per ciascuna delle categorie di opere specializzate OS3, OS5, OS28 e OS30.

Ciò rappresenta un'importante novità in quanto introduce un criterio di qualificazione più selettivo rispetto alla vigente normativa dell'articolo 18 del d.P.R. n. 34/2000.

Nella seconda parte del comma 16 è previsto che la qualificazione così conseguita nella categoria OG11, consente di eseguire i lavori in ciascuna delle categorie OS3, OS5, OS28 e OS30 per l'importo della classifica riconosciuto per la categoria OG11.

Nell'ultima parte del comma 16 vengono fissati i limiti per l'appaltabilità dei lavori con la categoria OG11 (fase della progettazione e della stesura del bando).

L'articolo 79, comma 3, consente di ridimensionare l'incidenza della cifra d'affari in lavori necessaria per ottenere l'attestazione SOA, a favore di elementi maggiormente significativi dell'affidabilità dell'impresa quali il patrimonio netto, l'indice di liquidità, l'indice di economicità e requisiti riferiti al personale e alle attrezzature.

L'articolo 82 riproduce, con adattamenti, quanto già previsto dall'articolo 22 del d.P.R. n. 34/2000.

Il comma 7, di nuova introduzione, prevede un obbligo di informativa per le SOA che rilevino l'esistenza di certificati di lavori non presenti nel casellario informatico, ai fini dell'emanazione dei previsti provvedimenti. Inoltre, in attuazione dell'articolo 40, comma 3, lettera b), del codice, viene introdotto il divieto per le SOA, ai fini del

rilascio dell'attestazione, di utilizzare i certificati di lavori che non siano presenti nel casellario informatico stesso.

La novità legislativa introdotta dalla citata norma è rappresentata dal fatto che i certificati dei lavori non sono più acquisiti dalle SOA direttamente dalle stazioni appaltanti, bensì unicamente dall'Osservatorio al quale devono essere inviati dalle stazioni appaltanti stesse.

Al comma 8 è stata prevista, inoltre, una norma "moralizzatrice" del mercato che prevede che la documentazione contabile dei lavori prodotta dall'impresa esecutrice non è utilizzabile dalle SOA, in sede di attestazione, in sostituzione dei certificati di esecuzione dei lavori rilasciati dalle stazioni appaltanti. E' disposto, altresì, che la documentazione contabile non è altresì utilizzabile in caso di disconoscimento del certificato di esecuzione dei lavori da parte della stazione appaltante o del soggetto che si presume lo abbia emesso.

L'articolo 50 del codice, per quanto concerne la possibilità che un'impresa possa conseguire l'attestazione SOA avvalendosi dei requisiti di altra impresa, purché appartenente allo stesso gruppo societario, demanda al regolamento il compito di disciplinare le relative modalità.

Nel comma 3 dell'articolo 87 del regolamento, conformemente a quanto previsto dal comma 1, lettera c) del predetto articolo 50 del codice, è stato previsto l'obbligo per l'impresa ausiliaria e per l'impresa ausiliata, di comunicare alle SOA e all'Autorità le circostanze che fanno venire meno la messa a disposizione delle risorse da parte della prima in favore della seconda.

Nel medesimo comma 3 del presente articolo si è esteso il suddetto obbligo di comunicazione anche nel caso del venir meno del rapporto di controllo di cui all'articolo 2359, commi 1 e 2, del codice civile.

L'aspetto più significativo del nuovo articolo è dato dalla previsione, di cui al comma 5, che l'impresa ausiliata, per conseguire la qualificazione, deve dimostrare alla SOA di possedere tutti i requisiti di ordine generale, in proprio, nonché tutti i requisiti di ordine speciale concessi anche dall'impresa ausiliaria.

L'introduzione del suddetto obbligo è stata dettata dalla necessità di evitare che, per effetto dell'avvalimento di risorse altrui, i requisiti di ordine speciale già posseduti dall'impresa ausiliaria non fossero più sottoposti a nuova verifica da parte della SOA a causa del mero utilizzo dell'attestazione.

A completamento della disciplina, il comma 6 dell'articolo 87 prevede, altresì, che l'impresa ausiliata sia sottoposta a tutti gli obblighi previsti, per le imprese attestate dalle SOA, dal titolo III del regolamento.

L'articolo 96, di nuova introduzione rispetto al precedente regolamento n. 34/2000 prevede, al comma 1, che le attestazioni revocate dalle SOA o dall'Autorità, tra cui anche quelle rilasciate avvalendosi dei requisiti di altra impresa, siano inserite nel casellario informatico a cura dell'Autorità. Lo stesso comma 1 prevede, altresì, che le attestazioni riferite al contraente generale e revocate dal Ministero delle infrastrutture debbano essere inserite nel sito informatico dello stesso Ministero. Il comma 3, infine, prevede che, qualora le stazioni appaltanti ed i soggetti aggiudicatori rilevino che sia intervenuta la revoca dell'attestazione nei confronti dell'appaltatore, debbano procedere alla risoluzione del contratto in corso di esecuzione.

Correlato al titolo III è l'Allegato A (tabella delle categorie di opere generali e speciali), che riprende, con alcune innovazioni, quanto già contenuto nell'allegato A del d.P.R. n. 34/2000.

Le innovazioni introdotte si possono sintetizzare come segue:

- inserimento nella categoria OG 10 degli impianti di pubblica illuminazione;
- riformulazione della categoria OG11 relativa agli impianti tecnologici;

- sdoppiamento della categoria OS 2 in OS 2-A concernente le superfici decorate di beni architettonici e beni culturali mobili di interesse storico, artistico, archeologico ed etnoantropologico e OS 2-B concernente i beni culturali mobili di interesse archivistico e librario;
- riformulazione della categoria OS 8 limitandola alle impermeabilizzazioni e trasferimento conseguente delle altre finiture edili nella categoria OS7.
- sdoppiamento della categoria OS 12 tra barriere stradali e barriere paramassi e adeguamento alle indicazioni dell’Autorità garante della concorrenza;
- sdoppiamento della categoria OS 18 in componenti strutturali in acciaio e componenti per facciate continue;
- inserimento delle indagini geognostiche nella categoria OS20 e conseguente modificazione della categoria OS21.

Infine, per promuovere la divulgazione e la diffusione delle tecnologie non invasive che consentono di operare nel sottosuolo senza alcuna, o con una ridotta, operazione di scavo in trincea è stata predisposta, nell’ambito del citato aggiornamento dell’allegato A, l’istituzione di una nuova categoria specialistica OS 35 che concerne gli interventi a basso impatto ambientale, riguardante la costruzione e la manutenzione di qualsiasi opera interrata mediante l’utilizzo di tecnologie di scavo non invasive che comprende in via esemplificativa le perforazioni orizzontali, guidate e non, con l’eventuale riutilizzo e sfruttamento delle opere esistenti. Tali tecnologie permettono di incrementare il livello di sicurezza nei cantieri (diminuzione del 20% della incidentalità) e di ridurre in modo significativo l’impatto ambientale ed i costi sociali che accompagnano i lavori di scavo a cielo aperto.

La rivisitazione del sistema di qualificazione per i lavori ha dunque seguito due sentieri: maggiore trasparenza e valorizzazione della specializzazione nell’esecuzione dei lavori. Il primo obiettivo è legato alla più chiara definizione degli obblighi delle imprese e delle SOA, spesso evasi appellandosi ad una cornice normativa considerata in alcuni punti incompleta.

Il secondo obiettivo (maggiore specializzazione) viene conseguito anche aumentando (sempre motivatamente) il numero delle opere cosiddette “superspeciali”, che necessitano di particolare “specializzazione” e che, se di importo superiore al 15% del valore dell’appalto, non possono essere subappaltate ma richiedono l’associazione temporanea di imprese.

Questa scelta tecnica ha anche un riverbero in termini di trasparenza, nella convinzione, più volta espressa dai tutori dell’ordine pubblico, che quanto più si valorizza motivatamente la specializzazione, tanto meno si verificano i tentativi di infiltrazione negli appalti. Si è scelto di ridefinire la “superspecialità” in relazione alle categorie veramente necessitanti di alta specializzazione, senza vincolare, inutilmente ed ingiustificatamente, la libertà d’impresa.

In questa luce va letto anche l’articolo 107, in cui è riprodotta, con adattamenti la norma dell’articolo 72 del decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554. In generale, le integrazioni proposte servono a chiarire meglio l’ambito di applicazione di questa norma allo scopo di evitare alcuni evidenti anomalie che si sono verificate anche a causa di una contraddittoria attività interpretativa.

Inoltre, il Governo ritenuto utile che l’individuazione delle strutture, impianti ed opere speciali avvenga facendo uso dell’acronimo OG o OS, seguito dal numero identificativo della singola categoria, desumendolo dall’allegato A al d.PR n. 34/2000, ora allegato A del regolamento, così da consentire l’immediato riscontro tra la qualificazione richiesta dal bando e le attestazioni possedute dalle imprese.

L’integrazione dell’elenco delle strutture, impianti, e opere speciali è necessaria in considerazione del livello di alta specializzazione richiesto per l’esecuzione delle lavorazioni oggetto di detta integrazione.

Il titolo IV disciplina il sistema di qualificazione dei contraenti generali delle opere strategiche e di preminente interesse nazionale. Il riferimento normativo di questo titolo si rinviene nella parte II, titolo III, capo IV, sezione III (articoli 186-193) del

codice, intitolata “Qualificazione dei contraenti generali”, che codifica gli articoli da 20-bis a 20- decies del decreto legislativo n. 190/2002, introdotti dall’articolo 1 del decreto legislativo 10 gennaio 2005 n. 9.

La sezione III che istituisce il sistema di qualificazione dei contraenti generali, prevede che gli stessi siano qualificati sulla base di tre classifiche, i cui importi sono fissati, rispettivamente, in 350 milioni di euro, 700 milioni di euro e oltre 700 milioni di euro. In particolare, gli articoli 187, 188 e 189 del codice, che recepiscono, rispettivamente, gli articoli 20-ter, 20-quater e 20-quinquies del decreto legislativo n. 190/2002 e s.m.i., specificano i requisiti per la qualificazione dei contraenti generali, sia di ordine generale che di ordine speciale.

Per quanto non espressamente previsto dalla citata sezione III, l’articolo 192, comma 4, del codice demanda al regolamento di cui all’articolo 5 dello stesso codice il compito di definire in modo più dettagliato le modalità applicative.

Le norme regolamentari del titolo IV sono state trascritte, con adattamenti, riproducendo integralmente la normativa di dettaglio già contenuta nel decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti del 27 maggio 2005.

Con riferimento al titolo V si evidenziano le disposizioni relative al nuovo istituto del dialogo competitivo (articolo 113). E’ precisato che “*ai candidati ammessi al dialogo è assegnato un termine per presentare una o più proposte, corredate da uno studio di fattibilità con la relativa previsione di costo*”; che “*sulla base della soluzione o delle soluzioni prescelte, la stazione appaltante inserisce il relativo studio di fattibilità nella programmazione triennale dei lavori pubblici*”; che le “*offerte finali sono corredate dal progetto preliminare dell’opera e dal capitolato speciale d’appalto*”; che “*il soggetto aggiudicatario del dialogo provvede alla predisposizione della progettazione definitiva ed esecutiva e all’esecuzione dell’opera*”.

Il regolamento disciplina al titolo VI anche il cosiddetto “performance bond”, la garanzia globale di esecuzione (articoli da 127 a 134), obbligatoria per gli appalti di

progettazione_eseccutiva ed esecuzione di lavori di ammontare a base d'asta superiore a 75 milioni di euro, per gli affidamenti a contraente generale di qualunque ammontare, e, ove prevista dal bando di gara, per gli appalti di sola esecuzione di ammontare a base d'asta superiore a 100 milioni di euro. La garanzia globale non è richiesta per le concessioni.

La garanzia globale di esecuzione è prevista dall'articolo 129 comma 3 del codice, già articolo 30 comma 7-bis della legge n. 109/1994, introdotto dalla legge n. 415/1998.

Essa va presentata entro trenta giorni dalla comunicazione della aggiudicazione definitiva, e deve essere redatta in conformità dello schema di garanzia contenuto nell'allegato H del regolamento.

Nella garanzia globale è indicato il nominativo di almeno due sostituti che devono essere in possesso degli stessi requisiti precedentemente richiesti nel bando.

La garanzia globale, secondo la terminologia usata dal legislatore, è un sistema inteso ad associare alla semplice garanzia fidejussoria di buon adempimento (che comporta, per il garante, un onere di pagare le previste somme richieste dal committente che si duole per il mancato o inesatto adempimento dell'appaltatore) una più vasta garanzia di fare, che obbliga il garante a far conseguire alla stazione appaltante o al soggetto aggiudicatore non già il recupero degli oneri subiti, ma l'oggetto stesso della prestazione contrattuale.

Simile sistema di garanzia, non presente finora in l'Italia, è di uso frequente negli Stati Uniti ed in altri Stati; richiede, come è evidente, l'assunzione di un rischio più ampio per il garante, ed anche un impegno dello stesso sul piano tecnico.

La nuova garanzia dovrebbe espletare una essenziale funzione di selezione qualitativa delle imprese, ai fini dell'accesso alle gare.

Il garante, che resta estraneo ai rapporti tra contraente e stazione appaltante o soggetto aggiudicatore, deve avere i requisiti previsti per il rilascio delle garanzie e deve aver rilasciato garanzie fidejussorie per appalti di lavori pubblici per un importo complessivo non inferiore ad 1,5 volte l'importo dei lavori.

E' evidente che il rilascio della garanzia, non potrà essere conseguito se non da imprese che i garanti considerino affidabili non solo e non tanto sul piano finanziario ma anche e soprattutto sul piano della efficienza aziendale, in modo da considerare marginali i rischi di incapacità o abbandono del cantiere.

Sotto altro verso, la garanzia globale dovrebbe consentire alle stazioni appaltanti o ai soggetti aggiudicatori di conseguire, in caso di inadempienza grave delle imprese esecutrici, non già il semplice risarcimento monetario, ma la stessa realizzazione sollecita dell'opera, che costituisce l'obiettivo primario ed essenziale delle stazioni appaltanti e dei soggetti aggiudicatori.

Nel titolo VIII, considerata la previsione del codice di una completa liberalizzazione dell'appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori sia sulla base del progetto preliminare (articolo 165 del regolamento) che del progetto definitivo (articolo 166 del regolamento), particolare rilevanza assume la regolamentazione di questi due tipi di appalto.

Sia per quanto riguarda l'appalto di progettazione ed esecuzione con gara "per" il definitivo (ex appalto concorso) sia per l'appalto con gara "sul" definitivo (ex appalto integrato), si segnalano due previsioni che dovrebbero dare maggiori garanzie rispetto alla prevenzione del contenzioso ed al pagamento del corrispettivo per i progettisti: da un lato, si prevede che, nella redazione del progetto esecutivo, siano ammesse, rispetto al "definitivo", variazioni qualitative e quantitative contenute entro un importo non superiore al 10% per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro ed al 5% per tutti gli altri lavori delle categorie dell'appalto che non comportino un aumento dell'importo contrattuale; dall'altro, si prevede che sia il capitolato speciale prestazionale, allegato al progetto

posto a base di gara, ad indicare le modalità per il pagamento del corrispettivo previsto per le spese di progettazione.

E' anche da rilevare la previsione, a garanzia della stazione appaltante, che, in entrambi i tipi di appalto di progettazione ed esecuzione, qualora il progetto esecutivo redatto a cura dell'impresa non sia ritenuto meritevole di approvazione, il contratto è risolto per inadempimento dell'appaltatore.

Negli articoli 168 e 169, che regolamentano l'adeguamento dei prezzi, sono confluite sia le modalità per il calcolo ed il pagamento della compensazione relativa alle variazioni eccezionali dei prezzi dei materiali di costruzione (ex articolo 133, comma 4, del codice) sia le modalità per l'applicazione del prezzo chiuso (ex articolo 133, comma 3, del codice). Si tratta, in entrambi i casi, di disposizioni non presenti nel regolamento 554/1999.

Nel titolo sono state introdotte alcune previsioni del capitolato generale d'appalto (D.M. LL.PP. n. 145/2000) relative all'aspetto contrattuale in tema di penali, sospensioni, proroghe e varianti.

Per quanto riguarda il titolo X, dedicato al collaudo dei lavori, si segnala la previsione che, in caso di necessità, per l'affidamento ad esterni dei servizi attinenti al collaudo, si applicano le stesse disposizioni relative all'affidamento dei servizi attinenti alla architettura ed ingegneria.

Si prevede anche che il collaudo di lavori di manutenzione possa essere affidato ad un funzionario munito di diploma tecnico in servizio da almeno 5 anni in uffici pubblici o ad un tecnico diplomato, geometra o perito, iscritto da almeno 5 anni all'ordine o collegio professionale di appartenenza (articolo 212).

Infine vengono specificati analiticamente i documenti da fornirsi al collaudatore (articolo 213), le modalità delle visite di collaudo in corso d'opera (articolo 217) ed i contenuti del certificato di collaudo (articolo 225).

Sono state inoltre profondamente rivisitate le disposizioni relative ai lavori riguardanti i beni del patrimonio culturale (titolo XI) ed i lavori eseguiti all'estero (titolo XII), già precedentemente disciplinati dal regolamento n. 554/1999.

2.3. Parte III

Per rendere più maneggevole il testo, il Governo ha scelto di distinguere i servizi d'architettura ed ingegneria (cui è dedicata la parte terza del regolamento) dagli altri servizi, collocandoli subito dopo la parte dedicata ai lavori.

Si segnala, in questa parte, la procedimentalizzazione della gara soprasoglia (articolo 275) e la previsione di alcune indicazioni per quella, informale, sottosoglia (articolo 276).

La gara soprasoglia prevede una valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo quattro criteri: professionalità desunta dalla documentazione prodotta; illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico; ribasso percentuale globale indicato nell'offerta economica; riduzione percentuale indicata nell'offerta economica con riferimento al tempo.

Per la gara informale si richiede il rispetto dei principi comunitari (non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza) e del criterio di rotazione.

2.4. Parte IV

Per i restanti servizi e forniture (parte quarta), il regolamento segue l'orientamento generale del codice volto a garantire i maggiori vincoli che caratterizzano tradizionalmente la normativa sui lavori, nel rispetto delle differenze di questi settori.

Il regolamento, nell'attuare i rinvii operati allo stesso dal codice, introduce alcuni profili di rilevante innovatività nella disciplina del settore dei servizi e delle forniture

in ordine alle varie fasi in cui si articola la procedura di affidamento, oltre a chiarire e dettagliare le modalità applicative di alcuni istituti.

Tra gli elementi di maggiore innovatività si segnala che, per la prima volta, si introduce una disciplina della programmazione degli appalti di forniture e di servizi (articolo 280) al fine di garantire anche in tale settore una razionale ed adeguata organizzazione delle attività, prendendo a riferimento –pur con i necessari adattamenti – la normativa dei lavori pubblici. Al riguardo, si è privilegiata – proprio considerate l’innovatività della disciplina e le peculiarità del settore – un’impostazione della norma in termini di facoltà delle pubbliche amministrazioni che avranno a loro disposizione una serie di criteri per la predisposizione di atti di programmazione nel rispetto dei principi generali di economicità e di efficacia dell’azione amministrativa.

Si introduce, poi, una disciplina di dettaglio dei compiti e delle attività del responsabile del procedimento (articolo 282) che, nell’intento di tener conto delle peculiarità del settore e di consentire un’adeguata applicazione della figura del responsabile del procedimento prevede alcuni elementi di flessibilità attraverso un’articolazione dei detti compiti ed attività modulabile in parte anche in base ai regolamenti delle singole stazioni appaltanti (in considerazione dell’elevata eterogeneità soggettiva – a livello di tipologie di stazioni appaltanti – ed oggettiva – in termini di varietà di categorie merceologiche – che caratterizza il settore).

Un ulteriore profilo di rilevante innovatività è rappresentato dall’introduzione della finanza di progetto (articolo 287) in adattamento della disciplina della finanza di progetto per i lavori.

In particolare, sono state adattate alla specificità dei servizi il contenuto della proposta che viene presentata dal promotore e l’individuazione delle attività cui è tenuta l’amministrazione in sede di valutazione della proposta medesima. Si è proceduto, altresì, a sostituire il meccanismo di scelta del concessionario descritto

dall'articolo 155, comma 1, lettere a) e b), del codice con la procedura di cui all'articolo 30, comma 3 del codice stesso.

In tal modo si è inteso assicurare anche nell'ambito della procedura di finanza di progetto le stesse modalità previste dal codice per la scelta del concessionario di servizi, prevedendo comunque l'utilizzo del diritto di prelazione da parte del promotore.

Il regolamento, poi, disciplina il sistema dinamico di acquisizione e i presupposti, le condizioni e le modalità di svolgimento dell'asta elettronica oltre a prevedere, sempre in tema di *e-procurement*, la procedura interamente gestita con sistemi telematici – ivi compreso il mercato elettronico per gli acquisti d'importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario – mettendo a frutto le esperienze ed i progressi tecnologici già raggiunti in applicazione del d.P.R. n. 101/2002 e coordinando il contenuto dello stesso alla disciplina del codice.

L'articolo 301 fissa, in primo luogo, le modalità di partecipazione all'asta anche sotto il profilo tecnico ed operativo (prevedendo, ad esempio, l'attribuzione di codici identificativi per operare all'interno del sistema informatico e, dunque, consentire, in particolare, la partecipazione all'asta da parte dei concorrenti e lo svolgimento delle proprie attività da parte del soggetto della stazione appaltante che presiede la gara).

I rilanci vengono effettuati simultaneamente dai concorrenti, una volta attivate le utenze relative ai codici identificativi previamente attribuiti. Inoltre, in ragione di quanto indicato all'articolo 85, comma 9, del codice, per garantire la necessaria riservatezza in ordine a dati ed informazioni la cui conoscenza potrebbe alterare la concorrenza tra gli operatori, si è previsto che ciascun concorrente non potrà conoscere, durante lo svolgimento dell'asta, l'identità degli altri concorrenti.

In ordine alle modalità di formulazione delle offerte migliorative, si è previsto, in generale, l'utilizzo di un "tempo base" dell'asta, quale tempo ritenuto sufficientemente congruo al fine di arrivare all'aggiudicazione se non vengono

effettuati nuovi rilanci (che si coordina con il tempo di durata massima dell'asta che non può essere inferiore ad un'ora).

Il tempo base risponde all'esigenza di evitare che gli operatori economici propongano i rilanci concentrandosi tutti a ridosso della scadenza del termine ultimo per la presentazione dei rilanci stessi. In questo senso, il tempo base consente nella maggior parte dei casi una ordinata e razionale sequenza procedimentale.

In alternativa al tempo base, nei casi di particolare complessità di cui al comma 5, si è ritenuto opportuno consentire alle stazioni appaltanti di scegliere (in via alternativa al tempo base) una modalità di negoziazione secondo intervalli temporali successivi – comunque sempre previamente definiti nel numero e nella durata – in quanto si ritiene che in queste ipotesi il tempo base potrebbe non consentire ai concorrenti di formulare le offerte in base ad un'attenta riflessione che sola renderebbe possibile la proposizione di offerte serie ed attendibili con possibili conseguenze anche in termini di commissioni di errori materiali nella formulazione delle offerte stesse.

Infine, tra gli elementi maggiormente innovativi, si segnala l'introduzione di un'articolata disciplina in tema di esecuzione del contratto e contabilità (titolo III) nonché in tema di collaudo e verifica di conformità delle prestazioni contrattuali (titolo IV).

2.5. Parte V

Il complesso delle disposizioni della Parte V mira a definire la disciplina regolamentare applicabile agli enti operanti nell'ambito dei settori speciali.

L'articolato è diretto a uniformare l'attività negoziale degli enti aggiudicatori ad una serie di vincoli che, da un lato, garantiscano ineludibili principi di trasparenza, concorrenza, non discriminazione e, dall'altro, preservino altrettanto ineludibili margini di flessibilità, in ottemperanza alle previsioni della direttiva 2004/17/CE e al rinvio selettivo operato dall'articolo 206, comma 1, del codice.

Invero, l'esigenza di coniugare tutela della concorrenza e semplificazione delle procedure è particolarmente avvertita nei settori speciali, dove sono gli stessi enti aggiudicatori ad offrire sul mercato servizi di interesse economico generale, risultando in tal modo soggetti, sia a responsabilità di carattere pubblico, concernenti la garanzia di trasparenza ed economicità gestionale, di sicurezza e continuità del servizio erogato, sia alla spinta competitiva che deriva dalla progressiva apertura alla concorrenza.

Ciò spiega anche il limitato ambito di operatività che la stessa Parte III del codice dei contratti pubblici riconosce alle norme del regolamento, confermando, in piena coerenza con il regime previgente e la normativa comunitaria, l'esigenza di evitare una rigida procedimentalizzazione dell'attività negoziale in ragione delle peculiarità oggettive dei settori di attività in cui operano gli enti aggiudicatori.

In tale ottica, l'articolo introduttivo della Parte V (articolo 355) riproduce a livello di normativa secondaria la scelta operata dal legislatore (articolo 206 del codice) di perimetrare il campo delle regole comuni ai settori ordinari e ai settori speciali.

Il codice ha espressamente escluso che ai settori speciali debbano trovare applicazione una serie di disposizioni, ivi comprese quelle in tema di esecuzione del contratto (ad es.: livelli di progettazione; garanzie di esecuzione; varianti in corso d'opera; cessione di crediti; direzione lavori collaudo; risoluzione del contratto; procedure di riaffidamento in caso di fallimento o inadempimento dell'appaltatore).

In tale ottica, coerentemente con quanto disposto dalla norma primaria, è stato escluso l'obbligo di applicare le norme regolamentari attuative delle disposizioni del codice non direttamente riferibili ai settori speciali: l'esclusione di tali disposizioni costituisce una scelta obbligata, quale mera conseguenza delle opzioni già operate in sede di redazione del codice (qualora così non fosse, si incorrerebbe nell'incongruenza di ritenere applicabile ai settori speciali la norma secondaria di attuazione e non già quella primaria).

Per quanto riguarda i requisiti di qualificazione (articolo 356), per ciò che attiene alla fase di scelta del contraente, sono stati confermati e meglio specificati, i limitati ambiti di flessibilità già riconosciuti dal codice dei contratti che, nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza, possano garantire agli enti aggiudicatori nella gestione di sistemi di qualificazione e, limitatamente alle imprese pubbliche e ai soggetti privati, nella qualificazione alle singole gare di appalto, di disporre di una platea di concorrenti di adeguata affidabilità per la corretta esecuzione delle prestazioni richieste.

Per assicurare l'oggettività dei requisiti il comma secondo dell'articolo 356 evidenzia il loro inscindibile legame con la normativa tecnica di settore e le specifiche esigenze di sicurezza e continuità del servizio pubblico erogato dagli enti aggiudicatori.

In tale contesto, l'elencazione esemplificativa contenuta nel comma 4, dell'articolo 356, conferma che i cosiddetti "requisiti ulteriori di qualificazione" rappresentano il prodotto di una operazione di "specificazione" degli ordinari criteri di selezione qualitativa, operazione improntata alle peculiarità del settore di attività in cui opera l'ente aggiudicatore.

2.6. Parte VI

La parte VI contiene le disposizioni relative al contenzioso con particolare riferimento alla definizione delle riserve al termine dell'esecuzione del contratto (articolo 360).

2.7. Parte VII

La parte VII contiene le norme transitorie e le disposizioni abrogate.

2.8. Allegati

Lo schema di regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture comprende gli allegati di seguito esposti:

- **Allegato A** riferito alla qualificazione degli esecutori di lavori distinguendo le categorie di opere generali individuate con l'acronimo "OG", elencate da "OG1" a "OG13", e quelle di opere specializzate individuate con l'acronimo "OS" elencate da "OS1" a "OS35".
- **Allegato B** riferito al certificato di esecuzione dei lavori, composto dal quadro A riguardante i dati del bando di gara, dal quadro B riguardante il soggetto aggiudicatario e dal quadro C riguardante l'esecuzione dei lavori.
- **Allegato C** riferito ai corrispettivi spettanti alle SOA.
- **Allegato D** riferito all'incremento percentuale premiante nell'ambito degli esecutori di lavori.
- **Allegato E** riferito alla domanda di qualificazione come contraente generale.
- **Allegato F** riferito alla dichiarazione di esclusività del responsabile del progetto o di cantiere nell'ambito della qualificazione come contraente generale.
- **Allegato G** riferito ai differenti metodi di calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento di lavori.
- **Allegato H** riferito allo schema di garanzia globale che il contraente ha l'obbligo di presentare prima della stipulazione del contratto.
- **Allegato I** riferito alla valutazione delle proposte progettuali nei concorsi di progettazione.
- **Allegato L** riferito ai criteri per la selezione delle offerte nel caso di procedura ristretta nell'affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura.
- **Allegato M** riferito all'attribuzione dei punteggi nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura.
- **Allegato N** riferito allo schema di curriculum vitae per l'affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura di importo inferiore a 100.000 euro.
- **Allegato O** riferito allo schema delle referenze professionali per l'affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura di importo inferiore a 100.000 euro.

- **Allegato P** riferito ai differenti metodi di calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa nei contratti di servizi e forniture.

3. Le criticità del nuovo regolamento nel parere del Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, del settembre 2007.

Il nuovo regolamento è già stato oggetto di esame della Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato (adunanza del 17 settembre 2007, parere n. prot. 3262/2007), che lo ha approvato con le seguenti osservazioni.

Ad avviso della Sezione lo schema di regolamento deve essere rivisto sotto vari aspetti:

- 1) integrandolo in considerazione delle modifiche apportate al codice dei contratti dal secondo decreto legislativo correttivo (d.lgs. n. 113/2007). Poco dopo l'approvazione da parte del Governo, in via preliminare, dello schema di regolamento di esecuzione e attuazione del codice, è stato approvato ed è entrato in vigore il secondo decreto legislativo correttivo del codice (d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113, in vigore dal 1° agosto 2007), che demanda al regolamento numerose nuove materie¹;

¹ Il decreto correttivo ha demandato al regolamento numerose nuove materie:

- 1) in tema di requisiti soggettivi, la regolarità contributiva attestata dal documento unico, di cui all'articolo 2, co. 2, d.l. 25 settembre 2002 n. 210, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 novembre 2002 n. 266 (art. 5, co. 5, lett. g), del codice, come novellato dal correttivo);
- 2) sempre in tema di requisiti soggettivi, la previsione di misure incentivanti stabilite dalla legislazione vigente volte ad attenuare i costi della qualificazione per le piccole e medie imprese (art. 5, co. 5, lett. g), del codice, come novellato dal correttivo);
- 3) in materia di tutela del lavoro, l'intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza retributiva e contributiva dell'appaltatore (art. 5, co. 5, lett. r), del codice, come sostituita dal correttivo);
- 4) sempre in materia giuslavoristica, la tutela dei diritti dei lavoratori "secondo quanto già previsto ai sensi del regolamento recante capitolato generale di appalto dei lavori pubblici, approvato con decreto del Ministro dei lavori pubblici 19 aprile 2000, n. 145" (art. 5, co. 5, lett. s bis, del codice, introdotta dal correttivo);
- 5) con riferimento alla qualificazione per i lavori pubblici, la revisione periodica delle categorie di qualificazione con la possibilità di prevedere eventuali nuove categorie (art. 40, co. 2, del codice, novellato), con indicazione del periodo di durata di validità delle categorie generali e speciali oggetto della revisione di cui al co. 2 dell'art. 40 (art. 40, co. 4, lett. f), del codice, come novellato).
- 6) in materia di SOA, l'individuazione dei soggetti a cui le SOA devono rendere disponibile la documentazione e gli atti, anche in caso di sospensione o revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione (art. 40, co. 9 bis, del codice, introdotto dal secondo correttivo);

2) eliminando o modificando le norme regolamentari che, coerenti con la versione originaria del codice, sono in contrasto con il testo novellato dal secondo correttivo²;

7) sempre in materia di SOA, il termine per il quale le SOA restano obbligate alla conservazione degli atti (art. 40, co. 9 *bis*, del codice, introdotto dal correttivo);

8) in tema di appalto – concorso, ai fini della valutazione del progetto, 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 (art. 53, co. 2, lett. c), del codice, come novellato dal correttivo);

9) in materia di appalto - integrato e appalto - concorso sotto soglia, i presupposti oggettivi in presenza dei quali tali istituti sono ammessi sotto soglia (art. 122 del codice, come novellato dal correttivo);

10) in tema di concorsi di progettazione sotto soglia, le disposizioni volte ad assicurare l'adeguata partecipazione di giovani professionisti;

11) in tema di termini di pagamento per le stazioni appaltanti, i termini massimi saranno fissati dal regolamento e non più dal capitolato generale (v. art. 133, co. 1, del codice, come novellato dal correttivo).

² In particolare:

- l'art. 3, lett. l), dello schema, che reca la definizione di “opere e impianti di speciale complessità, o di particolare rilevanza sotto il profilo tecnologico, complessi ad elevata componente tecnologica, oppure di particolare complessità, ai fini, rispettivamente, dell'art. 90, co. 6, dell'art. 91, co. 5 e dell'art. 141, co. 7”, del codice, va coordinato con il nuovo testo dell'art. 122, co. 1, del codice, come novellato dal d.lgs. n. 113/2007, che negli appalti sotto soglia consente l'appalto misto di progettazione ed esecuzione solo in presenza di lavori di speciale complessità e nel caso di progetti integrali;
- l'art. 10, co. 3, dello schema, prevede un termine di venti giorni decorrenti dalla redazione dei programmi, per rendere pubblica la presenza, nei programmi, di interventi realizzabili con capitali privati, laddove nell'art. 153, co. 3, del codice, il termine è stato elevato da venti a novanta giorni;
- l'art. 62 dello schema indica i requisiti di carattere morale per le SOA, riproducendo previsioni dell'art. 38 del codice, che è stato tuttavia nel frattempo novellato;
- l'art. 77, co. 1, dello schema, in relazione ai requisiti di ordine generale per conseguire la qualificazione, indica requisiti ulteriori rispetto a quelli indicati nell'art. 38, del codice, che tuttavia sono ora stati inseriti direttamente nel codice (v. art. 38, lett. m *bis*), dal secondo correttivo;
- l'art. 96, co. 3, dello schema, prevede la risoluzione del contratto ogni qualvolta vi sia stata la revoca dell'attestazione di qualificazione, ed è ora in contrasto con l'art. 135, co. 1 *bis*, del codice, introdotto dal secondo correttivo, secondo cui la risoluzione del contratto ha luogo solo in caso di revoca dell'attestazione di qualificazione conseguita sulla base di falsa documentazione o dichiarazioni mendaci;
- gli artt. 97 e ss. dello schema disciplinano la qualificazione del contraente generale per le infrastrutture strategiche, senza tener conto che il secondo correttivo ha introdotto il contraente generale nell'ambito del *leasing* finanziario, utilizzabile per tutte le opere pubbliche, e dunque senza chiarire quale sia il regime di qualificazione del contraente generale nell'ambito del *leasing* finanziario;
- l'art. 165, co. 9, e l'art. 166, co. 8, dello schema, demandano al capitolato speciale prestazionale allegato al progetto preliminare le modalità per il pagamento del corrispettivo previsto per le spese di progettazione esecutiva, laddove il nuovo art. 53, co. 3 *bis*, demanda al bando la facoltà di prevedere le modalità di corresponsione diretta al progettista della quota di compenso corrispondente agli oneri di progettazione, peraltro non solo con riferimento alla progettazione esecutiva, ma anche a quella definitiva;
- l'art. 274 dello schema disciplina la scelta dei candidati da invitare nella procedura ristretta per l'affidamento dei servizi di progettazione, laddove gli artt. 55, co. 6 e 62, co. 1, del

- 3) adeguandolo allo *jus superveniens* per colmarne i vuoti nelle materie demandate dal secondo correttivo al potere regolamentare e per eliminare le discrasie con le modifiche apportate dalla nuova fonte primaria;
- 4) eliminando le norme *praeter legem* (che fanno attecchire lo schema a regolamento indipendente laddove il codice contempla un regolamento di esecuzione e attuazione (ad es. appalti relativi a lavori all'estero e a lavori su beni paesaggistici) e *contra legem* (ad es. divieto di avvalimento per gli appalti relativi a beni culturali); le norme prive di copertura finanziaria o che comportano un aumento del costo delle opere pubbliche; le norme meramente ripetitive di quelle primarie contenute nel codice e di quelle che riproducono altre norme del medesimo schema di regolamento.

Secondo il Consiglio di Stato, una maggiore sintesi è indispensabile per evitare contrasti e difetti di coordinamento tra norme.

Potrebbe infatti accadere che la norma regolamentare venga annullata in sede giurisdizionale mentre quella primaria, identica, continui ad operare.

La riproduzione più volte di norme identiche comporta inoltre il rischio, non remoto, che si proceda a modifica di una sola delle norme identiche, dimenticando le altre.

codice, come novellati, escludono, nella procedura ristretta per servizi e forniture, la scelta delle imprese da invitare, imponendo alla stazione appaltante di invitare tutti coloro che ne fanno richiesta;

- l'art. 287, co. 4, ultimo periodo, dello schema, in relazione al *project financing* nel settore dei servizi, prevede il diritto di prelazione del promotore, che invece è stato abrogato, nel settore dei lavori, dal secondo decreto correttivo;
- l'art. 307 dello schema disciplina la risoluzione del contratto per reati accertati in relazione ai servizi e le forniture, riproducendo l'art. 135 del codice, che è stato in numerosi punti novellato dal secondo correttivo;
- la parte V dello schema di regolamento, secondo quanto si legge anche nella relazione illustrativa, mira a creare maggiori vincoli per gli enti aggiudicatori dei settori speciali, laddove il secondo correttivo ha operato una scelta diametralmente opposta, stabilendo, nell'art. 206, del codice, che l'elenco delle norme dettate per i settori ordinari, e richiamate per i settori speciali, è tassativo.

L'appalto di progettazione e di esecuzione.

Il codice appalti prevede che le stazioni appaltanti possano affidare congiuntamente la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione previa acquisizione in gara del progetto definitivo, al di fuori dei limiti del c.d. appalto integrato e del c.d. appalto concorso, come regolamentati dalla normativa previgente.

Si veda in questo senso l'art. 53, comma 2, punti *b*) e *c*).

In sostanza, tale disposizione contempla due ipotesi di appalto di progettazione ed esecuzione:

- i) la prima, in cui l'aggiudicazione avviene sulla base della progettazione definitiva redatta dalla stazione appaltante e l'aggiudicatario redige la progettazione esecutiva ed esegue i lavori (c.d. appalto integrato);
- ii) la seconda, in cui l'aggiudicazione avviene sulla base della progettazione definitiva redatta dal concorrente e l'aggiudicatario redige la progettazione esecutiva ed esegue i lavori (c.d. appalto concorso).

Il decreto correttivo (art. 1, comma 1, lett. *n*)) ha ora previsto che, per gli appalti sotto soglia comunitaria (oggi pari, per i lavori pubblici, a €5.278.000,00; cfr. art. 28 del codice appalti), il ricorso all'appalto di progettazione ed esecuzione è consentito solo nelle seguenti ipotesi: 1) lavori di speciale complessità; 2) progetti integrali; 3) manutenzione, restauro e scavi archeologici (cfr. la nuova versione dell'art. 122 codice appalti).

Il regolamento stabilirà quando ricorrano le prime due ipotesi.

Il decreto correttivo ha inoltre attuato alcune modificazioni dell'art. 53 codice appalti:

- in primo luogo, con riferimento al comma 1, lett. *c*) (c.d. appalto concorso), è stata aggiunta la previsione per cui *“L'offerta relativa al prezzo indica*

distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva, per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori"; è stata invece rinviata al regolamento, *"Ai fini della valutazione del progetto"*, la disciplina dei *"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"* (art. 1, comma 1, lett. c), d.lgs. 113/2007);

- in secondo luogo, è stato abrogato l'ultimo periodo del comma 3, che prevedeva che *"Per i contratti di cui al comma 2, lettere b) e c), l'ammontare delle spese di progettazione esecutiva non è soggetto a ribasso d'asta"*, in ottemperanza al c.d. decreto Bersani. Peraltro, tale previsione era già stata implicitamente soppressa dalla determinazione dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 29 marzo 2007, n. 4/2007 (art. 2, comma 1, lett. n), d.lgs. 113/2007);
- in terzo luogo, ha inserito il nuovo comma 3bis, ai sensi del quale *"Per i contratti di cui al comma 2, lettere b) e c), nel caso in cui, ai sensi del comma 3, l'appaltatore si avvale di uno o più soggetti qualificati alla realizzazione del progetto, la stazione appaltante può indicare nel bando di gara le modalità per la corresponsione diretta al progettista della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione, al netto del ribasso d'asta, previa approvazione del progetto e previa presentazione dei relativi documenti fiscali del progettista"* (art. 1, comma 1, lett. d), d.lgs. 113/2007).

In riferimento all'art. 53, non si può tacere che una non indifferente problematica è rappresentata dalle modifiche oggi apportate dal d.lgs. 113/2007 all'art. 253 codice appalti, in punto di disciplina transitoria.

Invero, il menzionato decreto legislativo ha previsto che le previsioni dell'art. 53, commi 2 e 3, del codice degli appalti entrino in vigore solo a seguito della pubblicazione del nuovo regolamento che andrà a sostituire il d.P.R. 554/1999 (cfr. art. 253, comma 1*quinquies*, codice dei contratti, introdotto dal d.lgs. 113/2007, art. 1, comma 1, lett. t)), senza prevedere una specifica disciplina transitoria.

Ciò, a differenza di quanto era avvenuto con le due precedenti moratorie recate prima dal d.l. 173/2006 convertito in l. 228/2006 e poi dal d.lgs. 6/2007, che prevedevano espressamente una norma transitoria che consentiva alle stazioni appaltanti di applicare le disposizioni abrogate dal codice relative, appunto, all'appalto di progettazione ed esecuzione.

Verosimilmente, nell'intento dell'estensore dell'ultimo decreto correttivo, si è trattato di postergare la liberalizzazione degli appalti misti, aventi ad oggetto sia la progettazione, sia la realizzazione dell'opera, in passato circondati da particolari cautele, anche ai fini dell'elaborazione dei criteri di selezione dei progetti.

Si precisa che la "moratoria" sopra delineata, introdotta in termini a ben vedere assoluti, riguarda non solo l'affidamento degli appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione (il c.d. appalto integrato) ovvero la progettazione definitiva, esecutiva e l'esecuzione (il c.d. appalto concorso), ma anche gli appalti aventi ad oggetto la sola esecuzione dei lavori.

Ciò, con l'effetto paradossale di impedire l'affidamento di qualsivoglia appalto di lavori fino a che non venga adottato il regolamento cit..

Ebbene, per superare l'*impasse* in cui ci si trova attualmente, fino a quando non verrà adottato il nuovo regolamento attuativo del codice appalti, il Ministero delle Infrastrutture e la Presidenza del Consiglio dei Ministri si sono espressi nel senso della attuale applicabilità della l. 109/1994 e del d.P.R. 554/1999 nelle more dell'emanazione di una diversa disciplina.

La procedura negoziata: la disciplina prevista nel Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006) e le relative modificazioni apportate dal secondo decreto correttivo (d.lgs. 113/2007).

Tra le innovazioni di maggior rilevanza introdotte dal d.lgs. 113/2007 (secondo decreto correttivo) alla disciplina del Codice dei contratti pubblici vanno segnalate quelle relative alla c.d. procedura negoziata.

E' bene premettere, anzitutto, qualche cenno in merito al suddetto tipo di procedura. La disciplina del Codice dei contratti prevede, all'interno del Titolo I (*Contratti di rilevanza comunitaria*) della Parte II (*Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari*), due tipologie di procedura negoziata: all'art. 56, la Procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara; all'art. 57, la Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

In generale, la procedura negoziata indica un modo di scelta del contraente, da parte delle stazioni appaltanti aggiudicatrici di contratti pubblici, fondato sulla trattativa privata, in ciò differenziandosi dalle procedure "ordinarie" ad evidenza pubblica, vale a dire le procedure *aperte* (asta pubblica o pubblico incanto) e *ristrette* (licitazione privata e appalto-concorso), disciplinate dall'art. 55.

Il secondo decreto correttivo 113/2007, più nello specifico, ha apportato modifiche agli articoli: **56 (procedura previa pubblicazione di un bando di gara) e 57 (procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara)**, novellando entrambe le fattispecie di procedura negoziata previa e senza pubblicazione del bando, e **all'art. 204 (Sistema di scelta degli offerenti e criteri di aggiudicazione) in materia di lavori sui beni culturali**.

Per effetto della novella introdotta dal decreto in parola, in ordine alle procedure negoziate per appalti di lavori pubblici, i cui bandi od inviti siano rispettivamente pubblicati o inviati successivamente al 1° agosto 2007, la disciplina applicabile non è più quella di cui all'art. 24 della l. 109/1994 ss.mm., bensì quella di cui agli artt. 56 e

57 del Codice e all'art. 204 per i lavori sui beni culturali, e ciò in forza dell'ormai nota intervenuta decadenza del regime sospensivo, introdotto dapprima con il d.l. 176/2006 (convertito nella l. 228/2006), fino al 1° febbraio 2007, e successivamente prorogato fino al 1° agosto 2007, mediante il d.lgs. 6/2007, sospensione non ulteriormente rinnovata dal d.lgs. 113/2007.

1. Regime applicabile prima del Codice dei contratti e della novella di cui al d.lgs. 113/2007 per entrambe le fattispecie di trattativa privata (artt. 30-31, direttiva 2004/18; art. 24, l. n. 109/1994; art. 9, d.lgs. n. 358/1992; art. 7, d.lgs. n. 157/1995).

Brevemente, si descrive il quadro normativo oggi superato dalla sopravvenuta disciplina.

Relativamente ai **lavori pubblici**, la l. 109/1994 disciplinava la trattativa privata all'art. 24.

Detta norma stabiliva al comma 1 i casi in cui era ammesso l'affidamento dei lavori a trattativa privata e aggiungeva l'avverbio "esclusivamente", indicativo della tassatività dei casi previsti. Il comma 1, quindi, conteneva l'elencazione tassativa delle ipotesi "eccezionali", in cui il ricorso a tale strumento era consentito:

"0a) lavori di importo complessivo non superiore a 100.000 euro;

a) lavori di importo complessivo compreso tra oltre 100.000 euro e 300.000 euro, nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato e, in particolare, dell'articolo 41 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827;

b) lavori di importo complessivo superiore a 300.000 euro, nel caso di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, qualora motivi di imperiosa urgenza attestati dal dirigente o dal funzionario responsabile del procedimento rendano incompatibili i termini imposti dalle altre procedure di affidamento degli appalti;

[c) appalti di importo complessivo non superiore a 300.000 euro, per lavori di restauro e manutenzione di beni mobili e superfici architettoniche decorate di cui alla legge 1° giugno 1939, n. 1089, e successive modificazioni] – comma abrogato".

Il comma 7 introduceva un rigoroso, ulteriore divieto relativo ai lotti funzionali:

“7. Qualora un lotto funzionale appartenente ad un'opera sia stato affidato a trattativa privata, non può essere assegnato con tale procedura altro lotto da appaltare in tempi successivi e appartenente alla medesima opera”.

Nel suo complesso, come sancito dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 482/95, la norma nazionale assicurava in modo ancora più esteso, rispetto alla normativa comunitaria, la concorrenza e non determinava alcuna lesione del diritto comunitario, che consente, ma non impone, la trattativa privata.

Quanto ai **servizi pubblici e alle forniture**, la disciplina contenuta nel d.lgs. 157/95 e nel d.lgs. 358/1992 è stata poi integralmente recepita dal Codice dei contratti di cui al d.lgs. 163/06, nella sua originaria versione. Come si vedrà, il secondo decreto correttivo in questione interviene eliminando due ipotesi di affidamento con procedura negoziata, prima espressamente previste dalla previgente disciplina per i servizi e per le forniture.

2. L'intervento sulla procedura negoziata previa pubblicazione di bando ex art. 56 d.lgs. 163/2006 a seguito del decreto 113/2007.

La procedura negoziata c.d. pubblica si caratterizza per il fatto che la fase di negoziazione delle offerte presentate viene preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara che consente ai soggetti interessati di poter presentare la propria candidatura al fine di essere invitati a partecipare a detta negoziazione.

Per questa tipologia di procedura, il secondo decreto correttivo interviene applicando **due modifiche all'art. 56**:

a) la prima elimina la possibilità di ricorso a questo tipo di procedura nei casi eccezionali, per cui la particolare natura dei lavori, servizi o forniture da prestare, non imputabili alla stazione appaltante, non consentono la fissazione preliminare e globale dei prezzi;

b) la seconda modifica elimina la possibilità che i servizi finanziari e quelli aventi oggetto prestazioni di natura intellettuale possano essere affidati a questo tipo di procedura, nel caso in cui la natura della prestazione rende impossibile stabilire le specifiche contrattuali.

Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. e) del d.lgs. 113/2007 si stabilisce infatti che:

“all'articolo 56, comma 1, la lettera b) e la lettera c) sono soppresse”.

Il primo dei due casi prevedeva la possibilità di esperire la procedura negoziata previa pubblicazione di un bando *“in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, servizi, forniture, al cui particolare natura o i cui imprevisti, oggettivamente non imputabili alla stazione appaltante, non consentano la fissazione preliminare e globale dei prezzi”* a base d'asta.

Il secondo caso soppresso dal citato decreto correttivo si riferiva agli appalti di servizi finanziari, assicurativi, bancari (categoria 6 dell'allegato II A al Codice), nonché alle prestazioni di natura intellettuale (con espressa menzione della progettazione di opere), sempre che la natura della prestazione da fornire non renda impossibile, per l'Amministrazione, la determinazione delle specifiche del contratto con un grado di precisione sufficiente ai fini della selezione dell'offerta migliore in base alle norme della procedura aperta o di quella ristretta.

Il testo dell'art. 56 oggi in vigore recita:

“Le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara, nelle seguenti ipotesi:

a) quando, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate sono irregolari ovvero inammissibili, in ordine a quanto disposto dal presente codice in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Le stazioni appaltanti possono omettere la pubblicazione del bando di gara se invitano alla procedura

negoziata tutti i concorrenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 34 a 45 che, nella procedura precedente, hanno presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima. Le disposizioni di cui alla presente lettera si applicano ai lavori di importo inferiore a un milione di euro;

d) nel caso di appalti pubblici di lavori, per lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto, e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e sviluppo”.

Va osservato come la Relazione illustrativa dello schema del decreto correttivo in parola abbia giustificato le due summenzionate ipotesi (difficoltà di determinare l'importo a base di affidamento o di individuare le specifiche tecniche con sufficiente precisione), rilevando che esse “potrebbero, di fatto, limitare la concorrenza per il rischio di indeterminatezza che è sotteso alla loro stessa previsione”.

Di differente avviso è il Consiglio di Stato che, nell'adunanza generale del 6 giugno 2007, ha espresso parere negativo al riguardo, ricordando innanzitutto che per i servizi le ipotesi *sub b) e c)* dell'art. 56 del Codice erano già disciplinate dal d.lgs. 157/1995: la novella, dunque, avrebbe “una notevole incidenza sostanziale”, sollevando di conseguenza la problematica questione della legittimità, nelle suddette ipotesi, della generale prassi dei decreti integrativi e correttivi di precedenti decreti delegati.

Oltre al carattere esorbitante dell'intervento correttivo rispetto ai suoi limiti fisiologici, il Consiglio di Stato, pur dando necessariamente per presunta un'attenta valutazione, sulla base delle esperienze fatte, della “effettiva necessità di una nuova più restrittiva disciplina, rispetto a quella comunitaria”, ha inoltre ravvisato in merito un'oggettiva carenza motivazionale.

Nello stesso senso si pone poi il parere della VIII Commissione della Camera dei Deputati, che propugna l'eliminazione dell'articolo 1.1 n. 1) dello schema del novello decreto, che, intervenendo sull'art. 56 del Codice, appunto elimina le due

summenzionate fattispecie di ricorso alla procedura negoziata con bando di gara, esplicitamente previste, invece, dall'art. 30 della direttiva 2004/18 CE.

Al riguardo, si ripropone in realtà l'annosa questione, già sollevata a suo tempo con riguardo alla sospensione della disciplina di derivazione comunitaria disposta dagli artt. 56 e 57 del Codice degli appalti di lavori, e, più in generale, con riguardo al problema, per gli appalti sopra soglia, della prevalenza o meno del diritto comunitario su quello nazionale in punto di individuazione dell'ambito di ammissibilità della trattativa privata, in presenza di un intervento più restrittivo da parte dello Stato membro rispetto al più ampio spazio concesso dal legislatore europeo³.

Con l'aggravante, che, nel caso di specie, la soppressione operata dal secondo decreto correttivo 113/2007 coinvolge anche i diversi comparti di servizi e forniture.

Quanto al profilo di merito, i termini della questione sono ormai noti, così come delineati dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa.

Da un lato, la giurisprudenza costituzionale ha ammesso e giustificato l'eliminazione di alcune fattispecie comunitarie tipiche di trattativa privata (es. ripetizione di lavori, ecc.), motivando in ragione del fatto che debba essere riconosciuto al legislatore nazionale la potere di individuare casi più ristretti e ridotti di legittimo ricorso alla procedura negoziata rispetto a quanto previsto dal legislatore europeo, in quanto l'effetto finale è in linea con gli obiettivi comunitari.

Ovvero, questo tipo di discordanza è giustificabile se l'effetto che si vuole determinare è quello di ampliare il ventaglio delle ipotesi di procedure ad evidenza pubblica in coerenza con gli obiettivi del legislatore europeo, che sono, per l'appunto, quelli di ampliare la concorrenza.

³ Cfr. sul punto, in dottrina, "Il secondo decreto correttivo al Codice dei Contratti Pubblici – Commento al d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113", A. MASSARI – M. GRECO, MAGGIOLI EDITORE (pagg. 103-104)

Sul punto, la nota sentenza della Corte Costituzionale n. 482/95, che, chiamata a pronunciarsi sulla l. 109/94 laddove ammetteva la trattativa privata in un ambito molto più ristretto rispetto ai casi previsti dalle corrispondenti direttive, ha affermato: *“la norma nazionale assicura in modo ancora più esteso la concorrenza e non determina una lesione del diritto comunitario, che consente, ma non impone, la trattativa privata”*.

In questo senso, la su richiamata Relazione Illustrativa allo schema del decreto parrebbe formalmente allinearsi all’orientamento della Corte Costituzionale, laddove la soppressione delle ipotesi di cui alle lettere b) e c) dell’art. 56 in argomento viene spiegata in ragione dell’idoneità delle stesse a limitare, di fatto, la concorrenza per il rischio di indeterminatezza ad esse sotteso.

Di diverso avviso, invece, si presenta parte della giurisprudenza amministrativa, secondo la quale in questi casi prevalgono comunque le direttive comunitarie *self-executing* disapplicandosi la disciplina nazionale più restrittiva.

Sul punto, il TAR Piemonte, con riferimento alla contestata ipotesi di applicazione dell’art. 7, paragrafo 3, lettera a) della direttiva 93/37/CEE, che prevede *“Le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire gli appalti di lavori mediante procedura negoziata, senza pubblicazione preliminare di un bando di gara...quando nessuna offerta o nessuna offerta appropriata è stata depositata in esito ad una procedura aperta o ristretta, purchè le condizioni iniziali dell’appalto non siano sostanzialmente modificate”*, ha statuito che *“non può ritenersi che su tale disposizione prevalga l’art. 24 della legge 109/1994 il quale non contempla, tra le situazioni legittimanti, quella contemplata dalla direttiva comunitaria: al riguardo, osservano i giudici, la norma nazionale deve essere armonizzata con quella comunitaria ed in caso di contrasto disapplicata dalla stazione appaltante”* (TAR Piemonte, Sez. II, sent. 22.10.2004, n. 2629).

Ad ogni modo, nella stesura finale del provvedimento si è confermata la scelta di sopprimere le due fattispecie esaminate.

3. L'intervento sulla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando ex art. 57 d.lgs. 163/2006 a seguito delle modifiche del decreto 113/2007.

Anche in questo caso, il decreto correttivo 113/2007 ha introdotto una modifica consistente nell'espunzione dalla casistica della procedura negoziata senza bando della fattispecie relativa alla **ripetizione di lavori analoghi**, eliminando la possibilità di affidare in via diretta all'appaltatore originario i cosiddetti lavori analoghi, cioè quei lavori conformi a un progetto di base la cui esecuzione è oggetto di un primo contratto. Di conseguenza, dal primo agosto 2007 è consentito ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicità nei seguenti casi:

a) per tutti gli appalti di lavori, servizi e forniture (comma 2):

- gara deserta o mancanza di offerte appropriate;
- ragioni di natura tecnica, artistica o attinenti alla tutela di diritti di esclusiva;
- urgenza;

b) per i soli appalti di forniture;

c) per i soli appalti di servizi, a seguito di concorso di progettazione;

d) per i soli appalti di lavori e servizi (comma 5):

- prestazioni complementari dal punto di vista tecnico e/o funzionale che non devono essere state comprese nel progetto iniziale, devono essere necessarie, non possono essere separate dall'appalto iniziale e il loro valore economico non può superare del 50% l'importo del contratto originario;
- ripetizione di servizi analoghi;

e) per i solo appalti di lavori di importo non superiore a 1.000.000 euro.

La modifica all'art. 57 d.lgs. 163/2006 coinvolge unicamente il suo 5° comma, lettera b), che *ante* decreto correttivo contemplava l'affidamento con procedura negoziata nel caso di ripetizione di lavori e di servizi analoghi.

Oggi, come visto il riferimento alla ripetizione dei lavori pubblici analoghi è stato eliminato dalla fattispecie di cui alla lettera b).

Vale la pena precisare che la fattispecie in parola, dell'affidamento mediante trattativa privata senza previa pubblicazione di bando per servizi e per lavori consistenti in una ripetizione di servizi o lavori analoghi già assegnati allo stesso operatore, era già disciplinata dalla normativa (art. 7 d.lgs. 157/95 e art. 24 l. 109/94, nei limitatissimi casi in cui si poteva ricorrere alla t.p.) precedente al Codice dei contratti, il quale, dunque, nella sua prima versione, *ante* novella 2007, ne aveva recepito il contenuto, eliminando addirittura i ristretti limiti prescritti dalla Merloni, quanto ai lavori pubblici.

L'attuale modifica restringe quindi le ipotesi di legittimo ricorso alla procedura negoziata.

Nello specifico, all'art. 1 comma 1 lettera *f*) del d.lgs. 113/07, si stabilisce che all'art. 57 comma 5, la lettera *b*) è sostituita dalla seguente:

“...la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita: b) per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale, e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28”.

La Relazione Illustrativa del Governo ha giustificato la suddetta soppressione allo scopo espresso di garantire la concorrenza nel mercato.

In questo caso, a differenza di quanto visto in relazione all'art. 56, il Consiglio di Stato ha espresso parere favorevole, riconoscendo che la modificazione apportata dal secondo decreto correttivo, pur comportando un'innovazione sostanziale, “tuttavia appare fondata sul forte rischio di abusi cui la disposizione notoriamente si presta”.

Adesivo al parere del Consiglio di Stato, anche quello della VIII Commissione della Camera, nel quale, oltre a richiamare il surriferito parere di Palazzo Spada e la pronuncia della Corte Costituzionale 482/95, accenna alle risultanze riportate nella nota trasmessa dalla Commissione d'Inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa, che evidenzia la necessità di “valutare adeguatamente la portata dell'ampliamento del ricorso alla trattativa privata, nella normativa del 2006, rispetto alla tradizionale chiusura operata dalla legge Merloni”.

E' importante segnalare, al riguardo, che la fattispecie della ripetizione dei servizi e lavori analoghi, di derivazione comunitaria, è stata interpretata in senso restrittivo dalla Corte di Giustizia CE, che nella sentenza del 14.9.2004, C-358/02, con riguardo all'interpretazione dell'art. 7, n. 3, lett. e) della direttiva 93/37/CE, ha ritenuto che l'espressione “conclusione dell'appalto iniziale” doveva interpretarsi come “stipulazione dell'appalto” (conclusione in senso civilistico), e non come conclusione (esaurimento) dei lavori inizialmente affidati; e ciò anche a tutela del principio della certezza del diritto, auspicabile nell'aggiudicazione di appalti pubblici, il quale impone che la data di inizio del periodo in questione possa essere definita in modo certo ed obiettivo.

L'interpretazione “autentica” fornita dalla Corte comunitaria è quindi poi refluita in sede di compilazione del codice dei contratti pubblici nella formulazione della fattispecie in commento, anche dopo l'intervento soppressivo della fattispecie della ripetizione di lavori analoghi introdotta con il secondo decreto correttivo *de quo*.

4. Modifiche introdotte all'art. 204 del Codice dei contratti in tema di beni culturali.

Va peraltro sottolineato come l'ipotesi della ripetizione dei lavori analoghi venga invece confermata dal decreto correttivo nella disciplina speciale per gli appalti relativi a beni culturali; in base al nuovo **comma 1-bis dell'art. 204** del Codice degli appalti (inserito dall' art. 2, c. 1, lett. *ccc*) d.lgs. 113/2007):

“l’affidamento con procedura negoziata è altresì ammesso per i lavori di cui al comma 1, relativi a lotti successivi di progetti generali approvati, consistenti nella ripetizione di opere similari affidate all’impresa titolare del primo appalto, a condizione che tali lavori siano conformi al progetto generale, che il lotto precedente sia stato aggiudicato con procedure aperte o ristrette e che negli atti di gara del primo appalto sia stato esplicitamente previsto l’eventuale ricorso a tale procedura e sia stato considerato anche l’importo successivo al fine dell’applicazione della normativa comunitaria”.

Si prevede poi la limitazione della possibilità di ricorso a tale procedura *al triennio successivo alla stipulazione del contratto iniziale*.

La definitiva riscrittura della norma del decreto correttivo 113/07 ha superato la versione iniziale dello schema di decreto predisposto dal Governo, ove la finestra triennale all’interno della quale è consentita la ripetizione veniva fatta decorrere “dalla ultimazione del primo appalto”; formulazione questa censurata dal Consiglio di Stato e dalle Commissioni parlamentari, in quanto portava con sé il fondato e deprecabile rischio di ampliare a dismisura la possibilità di ricorrere a procedura negoziata, in quanto il triennio sarebbe decorso non da un momento certo (la stipulazione del primo contratto), bensì da un momento incerto (l’ultimazione dei lavori oggetto del primo appalto, suscettibile di innumerevoli variabili nella determinazione del suo momento di esatta verifica).

Laddove invece i consolidati principi comunitari e le esigenze concrete del mercato suggeriscono di ridurre il rischio di abusi cui la specifica ipotesi di procedura negoziata senza pubblicità si presta.

La formulazione oggi utilizzata dal legislatore delegato si presenta quindi in linea con l’interpretazione fornita dalla succitata sentenza della Corte di Giustizia CE.

5. Riepilogando, le due principali novità introdotte dal secondo decreto correttivo in materia di procedura negoziata sono le seguenti:

- soppressione di due ipotesi di procedure negoziate previa pubblicazione di bando (*ex art. 56 del Codice*), relative rispettivamente ai casi eccezionali che non consentano la fissazione preliminare dei prezzi, e ai servizi finanziari, assicurativi e bancari (nonché alle prestazioni intellettuali quali la progettazione di opere) tali per cui la natura della prestazione impedisca di precisare le specifiche del contratto;
- soppressione dell'ipotesi di ripetizione di lavori analoghi nei settori ordinari per quanto riguarda la procedura negoziata senza bando (*ex art. 57 del Codice*).

In linea generale, si può osservare come la nuova disciplina della procedura negoziata, a seguito dell'intervento correttivo di cui al decreto 113/07, subisca una restrizione delle ipotesi di ricorso ad essa rispetto alla versione originaria descritta dal Codice dei contratti del 2006, con un ritorno – sempre in linea di massima – all'impianto della Merloni, caratterizzato, per l'appunto, da un'impostazione restrittiva di ricorso eccezionale a detto strumento.

Quanto alle modifiche recenti in parola deve rilevarsi quanto segue:

a) La prima novità non appare del tutto condivisibile, poiché elimina una possibilità da sempre presente nelle direttive comunitarie e che si applica diffusamente per i servizi finanziari e assicurativi, recando con sé quindi l'eventualità di futuri problemi applicativi ed operativi.

Il legislatore delegato, nell'introdurre le suddette restrizioni, ha seguito la tesi secondo cui un intervento del legislatore nazionale più restrittivo di quello comunitario in tema di procedura negoziata appare legittimo, essendo volto ad ampliare la concorrenza. Si tratta, tra l'altro, di una tesi fatta propria dalla Corte Costituzionale specialmente con la sentenza n. 482 del 1995, la quale, con riferimento alla legge 109/1994 che ammetteva la trattativa privata in un ambito molto più ristretto rispetto alla normativa comunitaria, aveva affermato che *“la norma nazionale assicura in modo ancor più esteso la concorrenza e non determina*

una lesione del diritto comunitario, che consente, ma non impone, la trattativa privata”.

La Consulta precisava inoltre che la normativa comunitaria prevede il ricorso alla procedura negoziata “*come eccezione rispetto alla regola della procedura aperta o della procedura ristretta, le quali implicano una gara tra imprese concorrenti*”.

L’assunto della legittimità di una disciplina legislativa nazionale più restrittiva di quella comunitaria in tema di procedura negoziata, però, mentre può apparire fondato nei casi di procedure negoziate senza bando, risulta esserlo molto meno nei casi di procedure previa pubblicazione del bando, nei quali la concorrenzialità è assicurata proprio dall’evidenza pubblica che le caratterizza: esse, infatti, si differenziano dalle procedure ordinarie, aperte e ristrette, solo per un maggior grado di flessibilità del loro svolgimento, in virtù della natura particolare dell’oggetto dell’affidamento. Ciò giustifica, dunque, il fatto che il Consiglio di Stato abbia fornito parere negativo quanto alla soppressione riferita all’art. 56, e invece parere positivo quanto alla soppressione dell’ipotesi della ripetizione di lavori analoghi nelle procedure negoziate senza bando ex art. 57.

b) Da ultimo, va segnalato che neppure la modifica apportata all’art. 57 appare del tutto congrua e in linea con la finalità perseguita dal decreto correttivo, così come esplicitata nella Relazione Illustrativa dello schema di decreto, nella misura in cui, quanto ai lavori pubblici, viene rimossa l’ipotesi dell’affidamento dei “lavori analoghi”, mentre rimane intatta l’ipotesi dei “lavori complementari”: ipotesi anch’essa implicante, tra l’altro, data la possibilità di affidamento solo a favore dell’appaltatore iniziale e principale, l’inapplicabilità del comma 6 dell’art. 57, il quale richiede in generale, ove possibile, un confronto concorrenziale tra almeno tre operatori economici come modalità procedimentale per l’affidamento a procedura negoziata senza previo bando⁴.

⁴ Cfr. opera citata (pag. 35)

La realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo.

1. La disciplina di cui al testo originario del codice appalti.

L'art. 32, comma 1, lett. g), del codice appalti ha disciplinato la realizzazione delle opere di urbanizzazione di importo superiore alla soglia comunitaria (oggi pari, per i lavori pubblici, a €5.278.000,00; cfr. art. 28 del codice appalti) discostandosi dalla previgente disposizione di cui all'art. 2, comma 5, l. 109/1994, a suo tempo adottata in esecuzione della sentenza 12.7.2001 (C-399/98) della Corte di Giustizia, che aveva condannato l'affidamento diretto della realizzazione delle opere di urbanizzazione sopra soglia al titolare del titolo abilitativo dell'attività edilizia.

La disciplina della legge Merloni, che imponeva di espletare una gara comunitaria, non teneva infatti conto della particolare condizione dei soggetti che avessero avuto i requisiti e le capacità per realizzare direttamente le predette opere di urbanizzazione⁵. Il codice appalti ha quindi previsto, all'art. 32, comma 1, lett. g), nella sua formulazione originaria, che il titolare del permesso di costruire, in alternativa alla gara comunitaria, possa assumere la veste di promotore.

In tal caso, la gara avviene sulla base del progetto preliminare presentato dal promotore entro 90 giorni dal rilascio del permesso di costruire, e quest'ultimo ha diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario entro 15 giorni dalla aggiudicazione, se previsto dal bando di gara, pagando una somma pari al 3% del valore dell'appalto aggiudicato.

L'art. 32 ha dunque introdotto una procedura modellata sulla falsariga del *project financing*.

Questa disciplina trova applicazione, salve le precisazioni di cui subito oltre, anche per le opere di urbanizzazione di importo inferiore alla soglia comunitaria.

⁵ Cfr. *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Rosanna De Nictolis, EPC Libri.

L'art. 121 del codice appalti, infatti, estende agli appalti c.d. sotto soglia tutte le disposizioni di cui alla Parte II, che regolamentano appunto la normativa di evidenza pubblica di derivazione comunitaria per l'affidamento degli appalti c.d. sopra soglia, e dunque anche l'art. 32 cit., salve le deroghe specificamente contenute nel Titolo II della medesima Parte II.

In tale ottica, l'applicazione della disciplina di cui all'art. 32 è dovuta solo per la realizzazione delle opere di urbanizzazione secondaria di importo inferiore alla soglia comunitaria, in quanto espressa deroga per le opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia comunitaria è prevista dall'art. 122 comma 8 del codice degli appalti, che conferma la possibilità dell'affidamento diretto al titolare del permesso di costruire richiamando l'art. 16 comma 2 T.U. edilizia (d.P.R. 380/2001).

Il codice degli appalti prevede anche un regime transitorio relativo alle opere di urbanizzazione secondaria di importo inferiore alla soglia comunitaria, la cui realizzazione in via transitoria può essere affidata direttamente al titolare del permesso di costruire se questi si sia già obbligato nei confronti del Comune alla data di entrata in vigore del codice (1.7.2006) ad eseguirle a scomputo degli oneri di urbanizzazione (art. 253, comma 8).

2. Le modifiche apportate dal c.d. secondo decreto correttivo (d.lgs. 113/2007).

Il d.lgs. 113/2007 ha lasciato sostanzialmente invariato l'impianto normativo che precede.

Tale decreto ha peraltro operato due modificazioni sostanziali: la prima, sulla previsione di cui all'art. 32 cit.; la seconda, sulla previsione di cui all'art. 122 cit..

Per quanto attiene in primo luogo all'art. 32, il d.lgs. 113/2007 ha anzitutto confermato la prelazione del promotore (che invece è stata soppressa con riguardo alla generale procedura del *project financing*), prevedendo peraltro che la gara venga

ora esperita non dal promotore, ma direttamente dall'Amministrazione che rilascia il permesso di costruire sulla base del progetto preliminare presentato dal promotore, e che il promotore debba possedere i prescritti requisiti di qualificazione in relazione alla tipologia e all'importo delle opere di urbanizzazione (art. 2, comma 1, lett. f), d.lgs. 113/2007).

Secondo il Consiglio di Stato, Adunanza Generale del 6.6.2007, n. 1750, *“La modifica chiarisce, correttamente, che la gara va bandita non dal promotore, ma dall'amministrazione che rilascia il permesso di costruire”*.

Per quanto attiene invece all'art. 122, il d.lgs. 113/2007 ha innanzitutto previsto che, nel caso di opere di urbanizzazione primaria sotto soglia affidate direttamente al titolare del permesso di costruire, *“Prima dell'avvio dell'esecuzione delle opere, gli uffici tecnici delle amministrazioni locali interessate trasmettono gli atti alle competenti Procure regionali della Corte dei conti gli atti adottati e tutta la documentazione relativamente agli interventi edilizi da realizzare a scapito degli oneri di urbanizzazione”* (art. 2, comma 1, lett. cc), d.lgs. 113/2007).

Il decreto correttivo ha anche sostituito alla dizione *“opere di urbanizzazione primaria... correlate al singolo intervento edilizio assentito”* la dizione *“opere di urbanizzazione primaria... correlate all'intervento edilizio assentito, comprensivo dell'ipotesi in cui le opere siano funzionalmente connesse al suddetto intervento edilizio”* (art. 2, comma 1, lett. cc), d.lgs. 113/2007).

La soppressione del riferimento al *“singolo”* intervento edilizio assentito dovrebbe consentire l'applicazione della norma in esame anche ai piani attuativi; il decreto, inoltre, precisa che l'affidamento diretto possa riguardare anche opere che siano funzionalmente connesse all'intervento edilizio.

Il Consiglio di Stato, Adunanza Generale del 6.6.2007, n. 1750, aveva per vero precisato, in riferimento al testo originario dell'art. 122, comma 8, che *“La questione interpretativa riguarda il significato della locuzione ‘correlate al singolo intervento*

edilizio assentito'. Se, infatti, essa è intesa in senso letterale, cioè riferita ad opere di urbanizzazione primaria strumentali soltanto al singolo edificio, la fattispecie è difficilmente rinvenibile in fatto, risultando obbiettivamente difficile che vi siano opere di urbanizzazione primaria di tale natura, con la conseguenza di una incerta e assai difficile applicabilità della norma, pure volta a facilitare la diretta e più rapida realizzazione di opere essenziali, come quelle di urbanizzazione primaria, quando di minore importo.

Nell'articolo 122, comma 8, d'altro lato, la fattispecie risulta definita in modo diverso da quella di cui nell'articolo 32, comma 1, lettera g), poiché in questa ci si riferisce ai 'titolari del permesso di costruire' mentre, nella norma in esame, tale locuzione non è riprodotta e ci si riferisce non al 'permesso di costruire' ma allo 'intervento edilizio', richiamando, inoltre, la più ampia nozione di 'assenso' invece di quella di 'permesso', ciò che, considerata anche l'ampiezza delle 'Definizioni di interventi edilizi' di cui all'articolo 3 del d.lgs. n. 380 del 2001 (comprendenti, con gli 'interventi di urbanizzazione primaria', anche quelli di 'ristrutturazione urbanistica' individuati come 'quelli rivolti a sostituire l'esistente tessuto urbanistico-edilizio con altro diverso, mediante un insieme sistematico di interventi edilizi...'), può far dedurre che le opere sotto soglia siano rapportabili anche ad un intervento edilizio maggiore di quello riferibile ad un solo edificio oggetto di singolo permesso di costruire quando il 'singolo intervento edilizio assentito' si configuri come intervento complesso ma unitario, afferente, cioè, ad una fattispecie più ampia di quella del solo edificio in quanto distinto da unitaria funzionalità per il profilo edilizio-urbanistico.

In questo quadro, alla luce delle dette incertezze e difficoltà poste dalla locuzione normativa in esame, si prospetta all'Amministrazione la valutazione dell'opportunità di un intervento correttivo, ipotizzabile sia nella espunzione della locuzione dal testo ovvero in una sua integrazione idonea a precisare la fattispecie".

Le novità in materia di subappalto e di tutela dei lavoratori.

I. Le novità in materia di subappalto.

Il decreto correttivo ha modificato, in materia di subappalto, la previsione di cui all'art. 118 codice appalti, stabilendo che:

a) qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore, la stazione appaltante sospenda il successivo pagamento in favore dell'affidatario (art. 2, comma 1, lett. *bb*), d.lgs. 113/2007);

b) l'affidatario corrisponda gli oneri della sicurezza, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso, con previsione che la stazione appaltante, sentito il direttore lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ovvero il direttore dell'esecuzione, provveda alla verifica dell'effettiva applicazione della disposizione qui in esame (art. 3, comma 1, lett. *h*), d.lgs. 113/2007);

c) l'affidatario sia solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti da parte di quest'ultimo relativi agli obblighi di sicurezza (art. 3, comma 1, lett. *h*), d.lgs. 113/2007).

L'art. 3, comma 1, lett. *h*), d.lgs. 113/2007 ha inoltre modificato il comma 6 dell'art. 118, prevedendo espressamente che *“Ai fini del pagamento degli stati di avanzamento dei lavori o dello stato finale dei lavori, l'affidatario e, suo tramite, i subappaltatori trasmettono all'amministrazione o ente committente il documento unico di regolarità contributiva, nonché copia dei versamenti agli organismi paritetici previsti dalla contrattazione collettiva, ove dovuti”*.

Evidente è l'intendimento del decreto correttivo di far leva sulla componente economica per promuovere il rispetto della normativa in tema di tutela dei lavoratori nell'ambito del subappalto.

Il d.lgs. 113/2007 (art. 3, comma 1, lett. *h*) ha inoltre aggiunto il comma *6bis* all'art. 118, che prevede che *“Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare nel settore dell'edilizia, le Casse Edili, sulla base di accordi stipulati a livello regionale con INPS e INAIL, rilasciano il documento unico di regolarità contributiva comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa al cantiere interessato dai lavori”*, richiamando l'art. 1, commi 1173 e 1174, l. 296/2006 (legge finanziaria 2007); tale ultima disposizione rinvia ad un decreto del Ministero del Lavoro da emanarsi sentite le organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori.

L'art. 2, comma 1, lett. *bb*), d.lgs. 113/2007 ha infine corretto un refuso formale contenuto nel comma 1 dell'art. 118 codice appalti, sostituendo le parole *“a seguire”* con le parole *“a eseguire”*.

II. Le novità in materia di tutela dei lavoratori.

L'art. 3 del decreto correttivo è espressamente dedicato alla *“Tutela del lavoro e vigilanza in materia di contratti pubblici”*.

Le modifiche ivi contemplate sono state inserite al dichiarato *“fine di assicurare più penetranti forme di controllo e vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nonché di tutelare più efficacemente le condizioni di lavoro e i diritti dei lavoratori nell'esecuzione dei predetti contratti”*.

Per realizzare la predetta finalità, l'art. 3 in esame prevede diverse modificazioni/integrazioni al codice appalti.

Queste le modifiche più rilevanti, oltre a quelle già evidenziate in materia di subappalto.

1. Il decreto correttivo (art. 3, comma 1, lett. *a*)) prevede anzitutto, modificando l'art. 5 codice appalti, che l'emanando regolamento attuativo dovrà includere, nell'ambito

dei requisiti soggettivi di partecipazione, anche la regolarità contributiva, attestata dal documento unico di regolarità contributiva (DURC).

Il regolamento dovrà inoltre prevedere l'intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza retributiva e contributiva dell'appaltatore (art. 3, comma 1, lett. b)1), che modifica l'art. 5 codice appalti).

2. Si prevede quindi che l'adottando regolamento dovrà prevedere anche la tutela dei diritti dei lavoratori, secondo quanto già previsto dal d.Min.LL.PP. 145/2000 (art. 3, comma 1, lett. b)2), che modifica l'art. 5 codice appalti).

In riferimento a quest'ultimo punto, il Consiglio di Stato, nel parere dell'Adunanza Generale del 6.6.2007, n. 1750, ha rilevato quanto segue: il decreto correttivo *“Inserisce nell'art. 5, comma 5, del Codice, tra le materie oggetto del regolamento, la ‘tutela dei diritti dei lavoratori’.*

La previsione appare troppo ampia e generica ed è possibile fonte di equivoci e confusione, in quanto la tutela pubblicistica dei lavoratori nei cantieri edili è materia già disciplinata da norme primarie e secondarie di derivazione comunitaria ampiamente articolate. Inoltre la tutela ‘dei diritti’ dei lavoratori, attiene al contratto civilistico di lavoro subordinato, e non sembra opportuno delegificare tale materia.

Giova inoltre ricordare che l'art. 36 bis della legge 4 agosto 2006, n. 248, ipotizza un futuro testo unico in tema di sicurezza e salute dei lavoratori. Né va tralasciato che nella scorsa legislatura il relativo progetto di codificazione ebbe il parere sfavorevole di questo Consesso, trattandosi di materia che, per certi aspetti, rientra nella legislazione concorrente di Stato e Regioni; e nelle materie di legislazione concorrente, come è noto lo Stato non ha più competenza regolamentare.

Dunque il regolamento relativo agli appalti pubblici non è la sede appropriata per una disciplina di così ampio respiro che secondo lo stesso legislatore necessita di

una raccolta in uno specifico testo unico, se non addirittura in un vero e proprio Codice.

Giova sottolineare che non è in discussione la filosofia ispiratrice delle modifiche in materia di sicurezza e tutela del lavoro, e che anzi la rilevata inadeguatezza dello strumento prescelto intende appunto sottolineare la dignità che meritano i diritti dei lavoratori”.

3. Il decreto correttivo (art. 3, comma 1, lett. c)), attraverso una modificazione dell’art. 7 codice appalti, ha inoltre potenziato il ruolo del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, evidenziandolo espressamente tra “*i Ministeri interessati*”, nel collegamento con il sistema informatico dell’Osservatorio.

Sempre con una modificazione all’art. 7 codice appalti, il decreto correttivo prevede poi che nella determinazione dei costi standardizzati si tenga conto del costo del lavoro determinato dal Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale (art. 3, comma 1, lett. d)).

4. In ultimo, viene disposta una modifica all’art. 38 del codice appalti (art. 3, comma 1, lett. e).

In relazione ai requisiti di ordine generale disciplinati da tale norma viene infatti aggiunta, alla lett. m), in riferimento alle sanzioni che comportano il divieto di contrarre con la Pubblica Amministrazione, esplicitamente anche quella derivante dalla assenza dei provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-bis, comma 1, legge 4 agosto 2006 n. 248 (dispone tale norma che “*Al fine di garantire la tutela della salute e la sicurezza dei lavoratori nel settore dell'edilizia, nonché al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare ed in attesa dell'adozione di un testo unico in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, ferme restando le attribuzioni del coordinatore per l'esecuzione dei lavori... nonché le competenze in tema di vigilanza attribuite dalla legislazione vigente in materia di salute e sicurezza, il personale ispettivo del Ministero del lavoro e della previdenza sociale,*

anche su segnalazione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) e dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), può adottare il provvedimento di sospensione dei lavori nell'ambito dei cantieri edili qualora riscontri l'impiego di personale non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria, in misura pari o superiore al 20 per cento del totale dei lavoratori regolarmente occupati nel cantiere ovvero in caso di reiterate violazioni della disciplina in materia di superamento dei tempi di lavoro, di riposo giornaliero e settimanale.

I competenti uffici del Ministero del lavoro e della previdenza sociale informano tempestivamente i competenti uffici del Ministero delle infrastrutture dell'adozione del provvedimento di sospensione al fine dell'emanazione da parte di questi ultimi di un provvedimento interdittivo alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni ed alla partecipazione a gare pubbliche di durata pari alla citata sospensione nonché per un eventuale ulteriore periodo di tempo non inferiore al doppio della durata della sospensione, e comunque non superiore a due anni”).

IL CONTENZIOSO E LE GARANZIE GIURISDIZIONALI

1. Premessa.

La parte IV del d.lgs. 163/06 dedicata al "*CONTENZIOSO*" individua in maniera unitaria per gli appalti relativi a lavori, servizi e forniture, gli strumenti di risoluzione delle controversie distinguendo tra rimedi stragiudiziali (c.d. *alternative dispute resolution*) e rimedi giudiziali.

Con riferimento ai primi, il Codice disciplina la transazione, l'accordo bonario e l'arbitrato; mentre per quanto riguarda i secondi vengono individuati gli strumenti di tutela cautelare e nel merito a carattere giurisdizionale.

2. I rimedi stragiudiziali di risoluzione delle controversie.

2.1. L'introduzione della transazione.

L'art. 239 del d.lgs. 163/06 introduce per la prima volta la transazione nell'ambito delle *alternative dispute resolution* relative agli appalti pubblici.

In linea generale, si osserva che la codificazione di una disciplina in materia di transazione nelle controversie riguardanti la tutela di diritti soggettivi che derivano dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, è riconducibile anche alla crescente attenzione dedicata dalla dottrina amministrativistica a tutte le figure giuridiche che costituiscono rimedio in astratto utile per la deflazione del contenzioso⁶.

⁶ Cfr.; Chirulli-Stella Richter, *Transazione (Dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 867 ss.; Formentin, *Transazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 315 ss. v. inoltre, Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (Appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, 223 ss.. Cfr., al riguardo, F. Astone "Strumenti di tutela e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel codice dei contratti pubblici" *Relazione al Convegno "Gli strumenti di tutela nel Codice dei contratti pubblici"*, organizzato dall'Ordine degli Avvocati di Messina il 19 Aprile 2007.

Come si evince dalla lettura della relazione illustrativa del Codice, la disposizione è finalizzata a consentire la definizione delle controversie senza formalità e ad individuare in tal modo *“uno strumento agile, alternativo e facoltativo rispetto all'accordo bonario”*, oltre che dall'ambito applicativo più esteso .

La forza dell'istituto, o meglio della sua applicabilità al settore dei contratti pubblici, è ravvisabile, dunque, proprio nella sua attitudine a trovare applicazione anche al di fuori dell'ambito di operatività dell'accordo bonario, qualificandosi come strumento alternativo e facoltativo di definizione del contenzioso, da utilizzare per la risoluzione di tutte *“le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”* (art. 239, comma 1).

L'art. 239, d.lgs. 163/06 contiene una succinta disciplina della transazione, rinviando per gli aspetti non diversamente disciplinati alle disposizioni dettate dal codice civile (artt. 1965 e ss.) che, in particolare, definiscono la transazione come *“il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro”* (art. 1965, comma 1 c.c.).

Gli elementi essenziali del relativo contratto sono: a) la disponibilità dei diritti oggetto della transazione da parte dei contraenti; b) la sussistenza di una controversia (giudiziale o stragiudiziale, attuale o potenziale); c) la reciprocità delle concessioni che le parti contraenti decidono di disporre; d) la finalizzazione delle rinunce alla definizione di una lite già insorta o alla prevenzione di una controversia che può instaurarsi.

La transazione è nulla, ai sensi dell'art. 1966, comma 2, c.c., se verte su diritti indisponibili (ma in materia di appalti, visto il riconoscimento legislativo della

transigibilità delle controversie, non è possibile parlare di indisponibilità delle relative posizioni soggettive) e non può essere annullata per errore di diritto (art. 1969 c.c.) con la conseguenza che la validità del contratto non può ritenersi inficiata dal convincimento, basato sull'erronea interpretazione della norma di riferimento, della spettanza o meno dei diritti negoziati con l'accordo transattivo.

Infatti il raggiungimento del risultato previsto dalle parti potrebbe risultare alquanto precario se esso potesse essere ogni volta messo in discussione in punto di diritto; in altri termini, l'ammettere l'impugnazione per errore di diritto è logicamente in contrasto con la funzione pratica dell'istituto, che è proprio quella di comporre o prevenire liti, basate per lo più sulla dubbia e spesso erronea interpretazione delle norme di legge⁷.

Come visto, l'art. 239, comma 1 ammette il ricorso alla transazione per tutte le controversie relative all'esecuzione di contratti aventi ad oggetto appalti pubblici a prescindere dall'importo dei relativi contratti.

Poiché la norma però fa riferimento a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, possono essere oggetto di transazione le sole controversie insorgenti successivamente alla stipula del contratto ma non quelle relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti (precedenti cioè alla conclusione del contratto) nell'ambito delle quali sono configurabili solo interessi legittimi e non anche diritti soggettivi.

Se nell'ambito dei rapporti tra privati sono irrilevanti i motivi di convenienza che inducono le parti ad addivenire all'accordo transattivo, diversa è la posizione dell'amministrazione aggiudicatrice, la quale ha il dovere di enunciare, nella relativa delibera e a pena d'invalidità dell'atto, le ragioni di fatto e di diritto in base alle quali è possibile soddisfare l'interesse pubblico attraverso il ricorso alla transazione.

⁷ Cfr. F. Navarro "Brevi cenni sulla disciplina del contenzioso nel codice dei contratti pubblici" in Altalex. 2007

Rispetto alla disciplina civilistica, il Codice prescrive la forma scritta non già *ad probationem* (art. 1967 c.c.), bensì *ad substantiam*, ovvero come requisito di validità della transazione, la cui mancanza comporta la nullità del contratto (art. 239, comma 4).

Il Codice degli appalti, a differenza del codice civile, prevede inoltre al secondo e terzo comma dell'art. 239, una disciplina minima del procedimento da seguire per addivenire alla stipulazione del contratto transattivo.

In particolare, qualora la transazione comporti per le amministrazioni aggiudicatrici o per gli enti aggiudicatori (a seconda che il contratto riguardi i settori ordinari o speciali) una concessione o una rinuncia superiore a centomila euro, è previsto che sia acquisito obbligatoriamente il parere dell'avvocatura che difende la stazione appaltante, o in mancanza del funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso (art. 239, comma 2).

Si tratta di un parere che ha natura obbligatoria ma non vincolante nel senso che la mancata acquisizione comporta la invalidità della delibera a contrarre, ferma restando la possibilità, da parte del dirigente competente alla stipula del contratto transattivo di valutare l'utilità dell'accordo in modo difforme rispetto al parere.

In conformità al parere espresso dal Consiglio di Stato⁸, il codice stabilisce che la competenza a formulare la proposta transattiva, oppure ad esaminare quella avanzata dal soggetto aggiudicatario, spetti all'organo amministrativo di vertice della struttura, ovvero il dirigente competente, previo parere del responsabile del procedimento (art.

⁸ C. di Stato, Sez. cons. aff. norm. Ad. gen. 6.2.2006, n. 355. Il Consiglio di Stato ha, in particolare, osservato che *“se è vero che, in via generale, non è precluso alla pubblica amministrazione stipulare contratti di transazione è anche vero, che proprio perchè tali contratti possono influire sulla finanza pubblica, l'ordinamento pubblicistico ha tradizionalmente circondato la relativa conclusione di particolari cautele.”*

239, comma 3). Se è la stazione appaltante a formulare la proposta, il dirigente procede all'audizione dell'aggiudicatario (art. 239, comma 3).

E' quindi possibile sia il ricevimento di una proposta di chiudere la controversia in via transattiva sia la formulazione di una proposta di soluzione transattiva della lite.

In caso di ricezione il dirigente deve esaminare, accogliendola o meno, la stessa proposta, sentito il responsabile del procedimento; nel caso di proposizione della definizione transattiva il dirigente deve sentire preventivamente l'impresa aggiudicataria e, quindi, formulare la proposta; non si tratta dell'acquisizione del consenso preventivo, ma solo di una previa audizione.

Il dirigente potrà avanzare la sua proposta di definizione transattiva anche nel caso in cui il privato, nel corso della preventiva audizione, non si mostri propenso a definire in tal modo la controversia (è evidente, però, che se il privato non si mostra d'accordo nel chiudere la controversia in via transattiva, non si potrà addivenire alla stipula del contratto di transazione e la lite dovrà essere risolta in sede giudiziale).

Per quanto poi non possa ritenersi che la proposta ricevuta o avanzata non sia vincolante per l'amministrazione, nel caso in cui l'ente pubblico non faccia seguire alla proposta la stipulazione del relativo contratto, tale comportamento potrebbe integrare gli estremi della responsabilità precontrattuale e fondare una richiesta di risarcimento dei danni.

2.2 segue: l'accordo bonario.

A differenza della transazione, l'accordo bonario costituisce al pari dell'arbitrato un rimedio alternativo di risoluzione delle controversie già contemplato dalla previgente normativa.

All'accordo bonario è dedicato l'art. 240 del Codice che recepisce la disciplina dettata in materia dall'art. 31-bis, l. 109/94, coordinata con quella dettata dall'art. 149, d.P.R. 554/99, introducendo però alcune "norme razionalizzatrici".

Rispetto al previgente quadro normativo, la soluzione delle controversie tramite accordo bonario non è limitata ai lavori pubblici relativi ai settori ordinari, "*affidati da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori, ovvero dai concessionari*" (art. 240, comma 1).

Le disposizioni sull'accordo bonario si applicano, infatti, "*in quanto compatibili*" anche ai contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari, nonché a tutti i contratti pubblici nei settori speciali, "*qualora a seguito di contestazioni dell'esecutore del contratto, verbalizzate nei documenti contabili, l'importo economico controverso sia non inferiore al dieci per cento dell'importo originariamente stipulato*" (art. 240, comma 22)⁹

L'ambito di operatività dell'istituto risulta, pertanto, più circoscritto rispetto a quello della transazione.

Il ricorso a tale strumento è subordinato alla sussistenza di due presupposti già previsti dall'art. 31-bis cit.: le contestazioni avanzate dall'appaltatore devono essere state formalizzate mediante l'iscrizione di apposite riserve nei documenti contabili; esse inoltre devono comportare una variazione dell'importo economico dell'opera non inferiore al dieci per cento dell'importo contrattuale.

Il Codice introduce tuttavia un limite al ricorso all'accordo bonario non contemplato dalla precedente normativa e che è stato oggetto di positivo apprezzamento da parte del Consiglio di Stato: il procedimento può essere reiterato una sola volta, a condizione che le riserve oggetto di contestazione siano "ulteriori e diverse rispetto a

⁹ Va osservato che l'estensione dell'accordo bonario ai servizi e alle forniture non ha avuto efficacia immediata, ma soltanto a decorrere dall'anno successivo all'entrata in vigore del Codice, che è avvenuta il 1° luglio 2006 (art. 257, comma 1, lett. b)

quelle già esaminate” e comunque, tali da raggiungere l’importo del dieci per cento (art. 240, comma 2).

L’avvio del procedimento per l’accordo bonario è segnato dalla comunicazione del direttore dei lavori al responsabile del procedimento avente ad oggetto le riserve contabili, seguita “nel più breve tempo possibile” dalla “relazione riservata” (art. 240, comma 3).

Quanto alla disciplina del procedimento, a differenza dell’art. 31-bis l. 109/94, il codice distingue a seconda che gli appalti e le concessioni siano di importo pari o superiore a dieci milioni di euro oppure di importo inferiore. Soltanto in relazione ai primi è infatti previsto l’obbligo per il responsabile del procedimento di promuovere “la costituzione di apposita commissione” affinché essa “(...) *formuli entro novanta giorni dall’apposizione dell’ultima delle riserve di cui al comma 1, proposta motivata di accordo bonario*”. Per gli altri contratti, invece, la costituzione della commissione è facoltativa e la proposta di accordo bonario può essere formulata direttamente dal responsabile del procedimento (art. 240, comma 15).

La proposta di accordo formulata dalla Commissione ha la limitata funzione di promuovere l’accordo stesso, definendone i termini, ma non è idonea a produrre effetti sostanziali sulla disciplina del rapporto controverso, effetti che possono derivare solo da una pronuncia favorevole dell’amministratore e dell’appaltatore sulla proposta stessa; pronunce, che, in quanto coincidenti e concordanti, rappresentano, appunto, l’accordo.

Il richiamo della funzione “conciliativa” demandata alla commissione non deve dunque far confondere il ruolo della stessa con quello degli arbitri.

La Commissione è quindi di regola priva del potere di transigere o raggiungere l’accordo, che spetta esclusivamente alle parti, le quali con la designazione dei componenti di rispettiva elezione hanno semplicemente manifestato l’impegno di

cercare di comporre la controversia di comune accordo, seppur su proposta della commissione stessa.

Ciò a meno che le parti stesse, avvalendosi della facoltà prevista dal comma 11 dell' art. 240, d.lgs. 163/06, abbiano conferito “*alla commissione il potere di assumere decisioni vincolanti, perfezionando, per conto delle stesse, l'accordo bonario risolutivo delle riserve*”.

Non pare dubbio che, in tal caso, la funzione di assumere decisioni vincolanti per le parti ai fini della risoluzione della controversia, attribuita alla commissione in argomento, valga a mutarne radicalmente la natura in collegio arbitrale, con qualificazione dell'arbitrato in questione come “arbitrato irrituale”¹⁰.

Nella specie, la natura irrituale della procedura prevista dal comma 11 dell'art. 240 – con il conferimento agli arbitri di decidere la controversia in via transattiva attraverso una manifestazione di volontà negoziale – specie ove si tenga conto che la legge medesima prevede poi, per le stesse controversie, una forma di arbitrato rituale, appare infatti evidente.¹¹

In relazione alla commissione, già contemplata nella normativa anteriore, il codice introduce alcune novità.

In primo luogo prescrive che i tre componenti abbiano una “competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto” e che per essi “non ricorra una causa di astensione ai sensi dell' art. 51 codice di procedura civile o una incompatibilità ai sensi dell'art. 241, comma 6”, relativo agli arbitri (art. 240, comma 8). In secondo luogo detta una disciplina più chiara e articolata dei compensi, stabilendo che questi

¹⁰ Cfr. Cianflone, L'appalto di opere pubbliche, Milano 2003, 1302.; Greco, Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio), in Dir. Amm., 2005, 263 ss.

¹¹ Cfr. F. Astone “Strumenti di tutela e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel codice dei contratti pubblici”, cit.

sono determinati dalle stazioni appaltanti “nella misura massima del 50 per cento dei corrispettivi minimi previsti dalla tariffa allegata al d.m. 2 dicembre 2000, n. 398, oltre al rimborso delle spese documentate” (art. 240, comma 10). Infine individua il termine entro il quale le parti, ovvero la stazione appaltante ed esecutore del contratto pubblico, sono tenute a pronunciarsi sulla proposta di accordo bonario: “trenta giorni dal ricevimento” della relativa proposta (art. 240, comma 12).

Decorso tale termine senza che la parti si siano pronunciate “può farsi luogo ad arbitrato” (art. 240, comma 16). Ai sensi del combinato disposto dei commi 11, 12, 17 e 20 dell’art. 240 per esser vincolante l’accordo bonario deve essere accettato e sottoscritto dalle parti, salvo il caso in cui le parti si avvalgano della facoltà di “conferire alla commissione il potere di assumere decisioni vincolanti”; in tale ipotesi non è necessaria l’accettazione dell’accordo (art. 240, comma 1).

L’accordo bonario, sia quello perfezionato direttamente dalla commissione, che quello formulato dalla commissione o dal responsabile del procedimento e accettato dalle parti, ha natura di transazione (art. 240, comma 18), ovvero è un contratto che “*ha forza di legge tra le parti*” (art. 1372, comma 1)¹².

2.3.- segue: l’arbitrato.

La disciplina dell’arbitrato e della camera arbitrale è contenuta negli artt. 241, 242 e 243 del Codice, i quali recepiscono nella sostanza la strutturazione dell’istituto derivante dalla legge sulla competitività (art. 5, comma 16 *sexies* del d.l. 14 marzo 2005 n. 35, inserito in sede di conversione dalla l. 14 maggio 2005 n. 80).

La prima innovazione di particolare rilievo è costituita dall’estensione all’intero settore della contrattualistica pubblica di un istituto concepito con esclusivo riferimento alla materia dei lavori pubblici.

¹² Cfr., sul punto, L. Zanettini, in “Il contenzioso in materia di appalti pubblici”, in “Il codice dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture” Quaderni- Giorn. dir. Amm. 2007

Infatti, il campo di applicazione del nuovo istituto arbitrale regolamentato dagli artt. 241 e ss. del d.lgs. 163 del 2006 non è più limitato ai soli appalti di lavori, ma investe anche le altre tipologie contrattuali, finora oggetto di una disciplina differenziata (o, nella materia dell'arbitrato, molto spesso, di un vero e proprio vuoto di disciplina).

Ciò è quanto si desume dalla previsione di apertura (l'art. 241, comma 1) la quale ammette il possibile ricorso all'arbitrato con riferimento a tutte le *“controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240”*.

In assenza di una puntuale previsione normativa, è dubbio se la nuova disciplina dell'arbitrato sia applicabile anche ai contratti previsti dalla Parte I, titolo II del d.lgs. 163/06, ovvero ai *“contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice”*.

Al riguardo, appare condivisibile quell'orientamento dottrinale che tende ad escludere la possibilità di ricorrere al rimedio dell'arbitrato con riferimento a tali contratti sul presupposto che *“le relative previsioni normative (che prevedono espressamente l'inapplicabilità dell'intero Codice alle tipologie contrattuali in discorso) e la disposizione dell'art. 27 del d.lgs. 163 del 2006 (che prevede che l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del Codice, avvenga nel rispetto dei soli “principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità”) danno vita ad un sistema normativo che esclude l'applicabilità delle previsioni degli artt. 241 e ss. del d.lgs. 163 del 2006”*¹³.

L'arbitrato disciplinato dal codice è un arbitrato facoltativo.

¹³ Cfr. A. Dapas e L. Viola *“L'arbitrato dopo il nuovo Codice di contratti pubblici”* in Giust. ammin., 2007

In conformità alla giurisprudenza della Corte costituzionale che ha ritenuto in contrasto con gli artt. 24 e 102, comma 1 Cost. gli arbitrati obbligatori, sul rilievo che l'esclusione della competenza del giudice può trovare fondamento solo in una scelta compiuta dalle parti, la citata previsione dell'art. 241, comma 1 sancisce il carattere *volontario* (“*le controversie.....possono essere deferite ad arbitri*”) dell'arbitrato, con una formulazione identica a quella dell'art. 32, comma 1, l. 11 febbraio 1994 n. 109 (come modificato dall'art. 10 della l. 18 novembre 1998 n. 415, cd. Merloni *ter*). Sotto il profilo strutturale, la disciplina di base dell'istituto è quella dualistica prevista dalla legge sulla competitività.

Un primo modello di disciplina riguarda i casi in cui le parti si accordino per la nomina del terzo arbitro. Al giudizio arbitrale si applicano in tale ipotesi le disposizioni del codice di procedura civile “*salvo quanto disposto dal (...) codice*”, data la specialità della disciplina in esso contenuta (art. 241, comma 2).

In sintesi:

- il Presidente del collegio arbitrale deve essere scelto dalle parti, o su loro mandato dagli arbitri di parte, “tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce” (art. 241, comma 5);
- in aggiunta ai casi di astensione previsti dal codice di procedura civile, non possono essere nominati arbitri coloro che abbiano compilato il progetto o dato parere su di esso, ovvero diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, le forniture cui si riferiscono le controversie, né coloro che in qualsiasi modo abbiano espresso un giudizio o parere sull'oggetto delle controversie stesse (art. 241, comma 6);
- sono ammissibili tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, con esclusione del giuramento in tutte le sue forme (art. 241, comma 8);
- il lodo deve essere depositato, entro dieci giorni dalla data dell'ultima sottoscrizione, presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici (art. 241, comm1 9 e 10);
- all'atto del deposito del lodo deve essere corrisposta direttamente all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, a cura degli arbitri, una somma pari all'uno per mille del valore della controversia (art. 241, comma 11);

- il compenso spettante agli arbitri è liquidato dal Collegio arbitrale, con ordinanza costituente titolo esecutivo, sulla base dei criteri previsti dall'art. 10 e dalla tabella allegata al d.m. 2 dicembre 2000 n. 398 (art. 241, 12° comma d.lgs. 163 del 2006);
- gli onorari e le spese di consulenza tecnica sono liquidati dal Collegio arbitrale, con ordinanza costituente titolo esecutivo, secondo i criteri dettati dal decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002 n. 115 per gli ausiliari del magistrato (art. 241, comma 13);
- le parti sono tenute solidalmente al pagamento del compenso dovuto agli arbitri e delle spese relative al collegio e al giudizio arbitrale, salvo rivalsa fra loro (art. 241, comm13).

Rispetto al primo modello previsto dall'art. 32 della l. 109 del 1994, come modificato dalla legge sulla competitività (art. 5, comma 16 *sexies* del d.l. 14 marzo 2005 n. 35, inserito in sede di conversione dalla l. 14 maggio 2005 n. 80), sono ravvisabili le seguenti modifiche:

- è richiesta una “*particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce*” del Presidente del Collegio arbitrale (sebbene come rilevato in dottrina si tratti, all'evidenza, di una previsione di scarsa rilevanza pratica e di impossibile sindacato giurisdizionale: art. 241, comma 5);
- sono espressamente richiamate alcune ipotesi specifiche di astensione, già contenute nell'art. 151, comma 9, d.P.R. 554 del 1999
- è riprodotta la contestata previsione dell'art. 7, 2° comma del d.m. 398 del 2000 ed in particolare l'esclusione, dal novero dei mezzi di prova ammissibili, del giuramento in tutte le sue forme (art. 241, comma 8), previsione che era stata sostanzialmente espunta dal primo modello per effetto del generico riferimento alla disciplina del c.p.c. contenuto nella legge sulla competitività.

Per quanto concerne il secondo modello di disciplina, esso concerne le ipotesi di mancato accordo per la nomina del terzo arbitro. In tal caso alla nomina provvede, ad iniziativa della parte più diligente, la nuova Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture (istituita presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) “sulla base di criteri oggettivi e

predeterminati, scegliendolo nell'albo di cui all'articolo 242" (art. 241, commi 7 e 15 d.lgs. 163 del 2006).

L'intervento della Camera arbitrale per i contratti pubblici importa poi una serie di modificazioni alla disciplina del codice di procedura civile, in aggiunta a quelle già previste dall'art. 241 (e proprie del cd. primo modello).

Esse si sostanziano:

- nell'obbligo di trasmettere alla Camera arbitrale, ai fini della nomina del terzo arbitro, la domanda di arbitrato, l'atto di resistenza e le eventuali controdeduzioni (art. 242, comma 2);
- nell'obbligo per le parti di determinare la sede del collegio arbitrale, anche presso uno dei luoghi in cui sono situate le sezioni regionali dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture; se non vi è alcuna indicazione della sede del collegio arbitrale, ovvero se non vi è accordo fra le parti, questa deve intendersi stabilita presso la sede della Camera arbitrale (art. 242, comma 3);
- nella possibilità, per le parti di ricusare gli arbitri, oltre che per i motivi previsti dall'art. 51 del codice di procedura civile, anche per i motivi di cui all'articolo 242, comma 9 del Codice (art. 242, comma 4);
- nell'attribuzione alla Camera arbitrale del potere di determinare il corrispettivo dovuto dalle parti "su proposta formulata dal collegio, in base alla tariffa allegata al decreto ministeriale 2 dicembre 2000 n. 398" e le modalità del deposito in acconto del corrispettivo arbitrale (art. 242, commi 5 e 6);
- nell'obbligo, per il Presidente del Collegio arbitrale, di nominare il Segretario, scegliendolo nell'elenco di cui all'articolo 242, comma 10 del Codice contratti pubblici (art. 242, comma 7);
- nell'obbligo per le parti di versare alla Camera arbitrale il corrispettivo a saldo per la decisione della controversia, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione del lodo (art. 242, comma 8);
- nell'attribuzione alla Camera arbitrale del potere di provvedere alla liquidazione degli onorari e delle spese di consulenza tecnica (art. 242, comma 9).

L'innovazione più rilevante relativa al cd. secondo modello di giudizio arbitrale “è costituita dal sostanziale “pensionamento” del d.m. 2 dicembre 2000 n. 398 che, oltre a non essere più richiamato dalle previsioni degli artt. 241 e ss. del Codice (se non per le previsioni relative alla determinazione del compenso del Collegio arbitrale), è espressamente abrogato dall'art. 256, comma 1, d.lgs. 163/06 (ad eccezione delle previsioni dell'art. 10, 1°, 2°, 4° 5° e 6° comma e della tariffa allegata, sempre relative alla determinazione del compenso del Collegio arbitrale).

In punto di abrogazioni, rileva anche la previsione dell'art. 256, comma 1, d.lgs. 163/06 che ha integralmente abrogato il d.lgs. 20 agosto 2002 n. 190, comportando di tal guisa il superamento “del terzo modello di giudizio arbitrale” previsto dall'art. 12 del d.lgs. 190 del 2002 a vantaggio di una maggiore coerenza sistematica e della stessa “gestibilità” dell'intero sistema.

Pur in mancanza di un'espressa precisazione al riguardo, analoga a quella contenuta proprio nel predetto art. 12, d.lgs. 190/02, deve ritenersi che l'arbitrato disciplinato dal codice sia un arbitrato rituale di diritto.¹⁴

3. – La tutela giurisdizionale amministrativa

3.1. – i rimedi

Per espressa previsione della direttiva 89/995/CEE, i ricorsi alle autorità giurisdizionali devono essere funzionali all'adozione di tre tipi di decisioni.

Le imprese devono, innanzitutto, poter ottenere “*con la massima sollecitudine e con procedure di urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione*”

¹⁴ Cfr., sul punto, L. Zanettini, in “Il contenzioso in materia di appalti pubblici”, cit.

pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici" (art 2, lett. a)).

Secondariamente, tra i rimedi occorre includere quello consistente nell' *"annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione"* (art 2, lett. b)).

Infine, deve essere contemplata la possibilità di *"accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione"*(art. 2, lett. c).

Il Codice dedica alla tutela giurisdizionale amministrativa gli art. 244 e 245, mentre l'art. 246 detta norme processuali specifiche per *"le controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi"*, riproducendo le disposizioni speciali dettate per le grandi infrastrutture dall'art. 14, d.lgs. 190/2002 cit.

In base all'art. 244, comma 1, rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *"tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti ad evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale"*.

La norma riproduce l'art. 6, comma 1, l. 205/2000 con l'aggiunta di un'integrazione tesa a recepire - si legge nella relazione illustrativa - l' *"elaborazione giurisprudenziale, che include nella giurisdizione esclusiva le controversie risarcitorie relative alla fase di affidamento, in ossequio al più generale principio che la giurisdizione del giudice amministrativo, nelle materie ad esso affidate, si estende anche alle cause risarcitorie"*.

In realtà, anche dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 i confini tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa in relazione al risarcimento del danno derivante da attività amministrativa illegittima appaiono ancora incerti.¹⁵

Passando all'art. 245, i primi due commi non meritano particolare attenzione in quanto meramente ricognitivi degli strumenti di tutela messi a disposizione dall'ordinamento.

I commi successivi disciplinano la tutela cautelare *ante causam* la cui introduzione per le controversie relative ai contratti pubblici rappresenta un novità di assoluto rilievo, che potrebbe avere effetti anche nel più ampio ambito della giustizia amministrativa, posto che, come frequentemente accade in presenza di così importanti innovazioni (si pensi, ad es., all'ampliamento dei mezzi di prova nell'ambito della giurisdizione esclusiva operato dall'art. 35, 3° comma, del decreto legislativo n. 80 del 1998), tale previsione potrebbe produrre una sorta di «effetto volano», tale da indurre il legislatore a generalizzarne l'applicazione (se non altro per risolvere il problema della possibile disparità di trattamento che potrebbe ingenerare la previsione della tutela cautelare *ante causam* soltanto nel settore degli appalti pubblici).

L'introduzione della tutela cautelare *ante causam* per i contratti pubblici è riconducibile alla necessità di conformarsi alle disposizioni contenute nel citato art. 2, par. 1, lett. a direttiva 89/665/CEE.

Chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale, nel 2004 la Corte di Giustizia ha infatti statuito che la richiamata disposizione “deve essere interpretata nel senso che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a

¹⁵ Cfr. Cass., sez. un. civ. sentenza 23.1.2006, n 1207, Cass. sez. un. civ. ordinanza 13.6.2006, n. 13660.

sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto in esame”¹⁶.

L'ordinanza ha confermato la posizione che il Giudice comunitario aveva già espresso sul punto, pronunciandosi su due procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea nei confronti di Grecia e Spagna.¹⁷

Con due pareri motivati del 2005, la Commissione europea ha reso nota l'intenzione di avviare un procedimento nei confronti dell'Italia ai sensi dell'art. 226 Trattato CE sul rilievo che “la legislazione italiana non conferisce agli organi di ricorso la facoltà di adottare provvedimenti provvisori contrastanti la decisione di un'autorità aggiudicatrice a prescindere da eventuali azione preventive”¹⁸.

L'introduzione del rimedio di una tutela cautelare anteriore al giudizio di merito si giustifica, dunque, in considerazione della avvertita necessità di conformarsi al diritto comunitario e di evitare una pronuncia di inadempimento ai danni dell'Italia.

L'introduzione dell'istituto non valica in ogni caso limiti posti dalla legge delega. Quest'ultima, infatti, prevede il recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, le quali impongono agli Stati membri di assicurare l'applicazione delle stesse con meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti in conformità alle direttive ricorsi (cfr. art. 81_2004/17/CE e art. 72 2004/18/CE).

Come anticipato, la disciplina di questa nuova forma di tutela cautelare è contenuta nei commi da 3-8 dell'art. 245 e può così sinteticamente essere riassunta.

¹⁶ TAR Lombardia Brescia , ordinanza presidenziale 26 aprile 2003,n. 76; Corte di Giustizia, Sez. IV ordinanza 29 aprile 2004, ,causa C-2020/03.

¹⁷ Corte di Giustizia, Sez. V, sentenza 19 settembre 1996, causa C-236/95 , Commissione c. Grecia; Corte di Giustizia, Sez. VI, sentenza 15 maggio 2003, causa C-214/00, Commissione c. Spagna.

¹⁸ Commissione europea, Direzione Mercato interno, comunicati stampa 15 luglio 2005, IP/05/949 e del 14 dicembre 2005, IP/05/1598.

Il soggetto legittimato al ricorso, in presenza di una situazione di gravità ed urgenza eccezionale che non consenta la notifica del ricorso o la richiesta di misure cautelari provvisorie ex art. 21, comma 9 della legge n. 1034/1971, può con apposita istanza chiedere l'adozione delle misure interinali e provvisorie indispensabili in attesa della proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare di cui all'art. 21, commi 8 e 9 della legge n. 1034/1971.

L'istanza, che deve essere previamente notificata ai sensi dell'art. 21, comma 1 della predetta legge, va rivolta al TAR competente per il merito e il Presidente (o il giudice delegato) provvede sulla stessa senza l'adozione di particolari formalità e sentite le parti, ove possibile.

Se il giudice nega il provvedimento cautelare, la sua decisione non è impugnabile, salva però la possibilità di ripresentare la domanda cautelare una volta iniziato il giudizio di merito ai sensi dell'art. 21, commi 8 e 9 della suddetta legge.

Se il giudice accoglie la richiesta di provvedimento cautelare, l'efficacia della sua decisione, che va notificata da parte del richiedente alle altre parti entro il termine perentorio fissato dal giudice, può essere subordinata alla prestazione di una adeguata cauzione per i danni alle parti e ai terzi.

Il provvedimento di accoglimento pur non essendo appellabile può essere revocato o modificato senza formalità dal Presidente d'ufficio o su richiesta di ogni interessato, nonché dal collegio dopo l'inizio del giudizio di merito.

La sua efficacia comunque viene meno decorsi sessanta giorni dall'emissione, restando in seguito efficaci le sole misure cautelari confermate o concesse ai sensi dell'articolo 21, commi 8 e 9 della legge n. 1034/1971.

Il rimedio della tutela cautelare *ante causam* non è ammesso nei giudizi di appello per i quali si applicano le sole istanze cautelari *post causam* ex artt. 21 e 23 bis della predetta legge.

Con riferimento a ciascuna delle disposizioni contenute nei commi da 3 a 8 dell'art. 248 è opportuno svolgere alcune considerazioni di carattere generale.

Con riguardo al 3° comma va, innanzitutto, segnalato come sia rimasta senza riscontro la segnalazione del Consiglio di Stato, che nel parere aveva notato che, mentre l'art. 21, comma 9, della legge TAR indica come presupposto per la richiesta al Presidente di misure cautelari provvisorie la sussistenza della «*estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio*», la disposizione in commento parla di «*eccezionale gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie*».

Sebbene sarà evidentemente compito della giurisprudenza interpretare la nozione di «*eccezionale gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso*», in dottrina si ha, comunque, la sensazione che la ricorrenza di così stringenti presupposti non potrà essere troppo frequente: “essendo sinora stati assai rigorosi nel ritenere sussistente l’«*estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio*», che giustifica l’adozione di misure cautelari provvisorie è prevedibile che i Presidenti dei T.A.R. saranno ancora più rigidi nel ravvisare quella gravità ed urgenza «*eccezionale*», idonea ad impedire addirittura la notifica del ricorso, che soltanto giustifica il provvedimento cautelare *ante causam*”¹⁹.

Il 4° comma , disciplina le modalità di proposizione dell’istanza.

Ferme restando la necessità della previa notifica e la competenza in capo ad un organo monocratico (il Presidente), si ritiene che, per contemperare il più possibile l’esigenza di celerità con il principio del «giusto processo», l’inciso «sentite, ove possibile, le parti», debba intendersi nel senso che il contraddittorio, pur

¹⁹ F. Saitta “Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale: prime riflessioni” in Giust. Amm. 2006

difficilmente realizzabile, non sia da escludere *a priori*, soprattutto qualora il Presidente non sia rapidissimo a pronunciarsi.

Nella versione definitiva del 4° comma, è stata poi introdotta la previsione in ordine alla rilevabilità d'ufficio delle «questioni di competenza», tra cui sicuramente rientra l'incompetenza territoriale del TAR adito.

Come si desume dallo stesso parere del Consiglio di Stato la formulazione di tale previsione si giustifica anche alla luce del recente orientamento della giurisprudenza la quale, nel tentativo di arginare il noto fenomeno delle cc.dd «migrazioni cautelari», ha affermato che, qualora sia stata proposta istanza di regolamento di competenza prima dell'esame della domanda cautelare, il giudice amministrativo deve necessariamente procedere alla sua preventiva delibazione e, nel caso in cui non rilevi la sua manifesta infondatezza, deve astenersi, almeno nei casi in cui risulti applicabile l'art. 23-*bis* della legge TAR, dal provvedere sulla domanda cautelare, che dovrà essere decisa dal giudice ritenuto competente dal Consiglio di Stato ²⁰.

Con riferimento al 5° comma, si segnala la previsione circa la non impugnabilità del provvedimento negativo, solo in parte compensata dalla possibilità di riproporre la domanda cautelare dopo l'inizio del giudizio di merito.

Se è vero, come osservato dalla più attenta dottrina, che il processo presuppone, soprattutto in materia cautelare, la parità delle armi tra attore e convenuto è altrettanto innegabile che perchè quest'ultima sia assicurata non possono mettersi sullo stesso piano la riproponibilità della domanda davanti ad uno stesso giudice e la possibilità di impugnare il provvedimento innanzi ad un giudice diverso ed in composizione collegiale ²¹.

²⁰ Cfr. C. di Giust. Amm. Reg. sic. ord. 28 luglio 2004, n. 661

²¹ C. Delle Donne, “*Il difficile cammino della parità delle armi e dell'effettività della tutela nel processo cautelare: il caso dei provvedimenti di ripristino*”, in Riv. trim.dir. proc. civ. 2006, 355 ss.

Il 6° comma dell'art. 245 attribuisce al presidente del TAR la facoltà di subordinare l'efficacia del provvedimento di accoglimento alla prestazione di un'adeguata cauzione per i danni alle parti e ai terzi.

La disciplina di tale istituto si discosta da quella contenuta nell'art. 21, 7° comma, della legge TAR.

Invero, nel caso in esame, la cauzione può essere utilizzata:

- a) soltanto in caso di accoglimento dell'istanza cautelare, e non anche in caso di rigetto dell'istanza stessa, per i danni al ricorrente;
- b) a prescindere dal fatto che dall'esecuzione del provvedimento cautelare possano derivare effetti irreversibili;
- c) anche «quando la richiesta cautelare attenga ad interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute, alla integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale».

L'efficacia del provvedimento di accoglimento cessa in ogni caso decorsi sessanta giorni dalla sua prima adozione e può essere eventualmente sostituito dalla misura cautelare emessa a seguito dell'instaurazione del giudizio di merito.

Al comma 6 è, inoltre, sancita l'inappellabilità del provvedimento di accoglimento e la revocabilità o modificabilità dello stesso da parte del Presidente "d'ufficio o su istanza o reclamo di ogni interessato" o dal Collegio dopo l'inizio del giudizio di merito.

Pur tralasciando di considerare che la norma omette del tutto di indicare i presupposti in presenza dei quali debba ritenersi consentita la modifica o la revoca, giova in ogni caso osservare che – come correttamente rilevato in dottrina – il riconoscimento a favore del Presidente di un potere di revoca o modifica anche d'ufficio "*parrebbe contrastare sia con l'art. 21, 12° comma, della legge TAR – che, parlando di «domanda di revoca o modificazione delle misure cautelari concesse», implicitamente esclude la revocabilità o modificabilità ex officio – che con l'art.*

*669-decies del codice di procedura civile, che espressamente subordina l'esercizio del potere giudiziale all'«istanza di parte».*²²

Sia per l'attuazione del provvedimento cautelare che per la pronuncia in ordine alle spese, il 7° comma dell'art. 245 non rinvia al codice di rito, bensì all'art. 21 della legge TAR.

Ora, tale richiamo, mentre è certamente opportuno, per quanto attiene all'attuazione del provvedimento cautelare, parrebbe, invece, non del tutto coerente per quanto riguarda la pronuncia sulle spese.

L'art. 21, comma 10, della legge TAR, come novellato dalla legge n. 205 del 2000, prevede che, in caso di rigetto (e/o declaratoria d'inammissibilità e/o improcedibilità) della domanda cautelare, il giudice «può provvedere» – il che significa che può anche non farlo – in via provvisoria sulle spese. Se, dunque, il riconoscimento di una mera facoltà di provvedere sul spese si giustifica, con riferimento alla fase cautelare “ordinaria”, in considerazione del fatto che il Giudice potrà comunque provvedervi a conclusione del giudizio di merito, la previsione in esame appare del tutto inappropriata con riferimento alla fase cautelare *ante causam*, alla quale non è certo che seguirà l'instaurazione di un giudizio di merito.

L'esame dell'art. 245 si conclude con il comma 8, che esclude l'applicabilità della tutela cautelare *ante causam* ai giudizi d'appello: se da un lato infatti quest'ultima è di regola compatibile, proprio perché *ante causam*, con il solo giudizio di primo grado, dall'altro si ritiene che ad eccezionali esigenze cautelari in fase d'appello può farsi fronte mediante l'appello immediato avverso il solo dispositivo, ai sensi dell'art. 23-bis, comma 7, della legge TAR.

L'art. 246 riproduce sostanzialmente le speciali disposizioni processuali dettate per le controversie relative ad infrastrutture ed insediamenti produttivi dall'art. 14 del

²² Cfr. F.Saitta “Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale: prime riflessioni”, cit.

decreto legislativo n. 190 del 2002. Si ravvisano, dunque, le medesime perplessità rilevate dalla dottrina con riferimento a tale norma ed in particolare alle disposizioni sul processo cautelare, oggi contenute nel 3° comma dell'articolo in commento.

E' stato infatti osservato che nel momento in cui si chiede al giudice di tenere conto, in sede cautelare, anche dell'interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, qualificandolo *a priori* «preminente» rispetto a tutti gli altri interessi in gioco, si finisce per precludergli qualsivoglia comparazione, attribuendogli funzioni sostanzialmente notarili.²³

3.3. – *La stand still clause.*

Merita infine di essere segnalata un'ulteriore novità introdotta dal codice la quale appare funzionale al raggiungimento di un obiettivo perseguito dal Legislatore comunitario e in più occasioni invocato dalla Corte di Giustizia: “*garantire l'effettiva applicazione delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, in particolare in un fase in cui le violazioni possono ancora essere sanate*”²⁴.

Ci si riferisce all'art. 11, comma 10, ai sensi del quale il contratto pubblico non può essere stipulato “*prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione (...) salvo motivare ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso di detto termine*”.

La previsione di tale sospensione, qualificata a livello comunitario come *stand still clause*, costituisce la formalizzazione di un orientamento consolidato della Corte di

²³ Così C. Volpe, *Risoluzione delle controversie e norme processuali nella legge obiettivo. Alcune considerazioni sugli artt. 12 e 14 del D.L.vo 20 agosto 2002, n. 190*, in *Giust. amm.* 2002, 1470-1471.

²⁴ Cfr. Corte di Giustizia, Sez. II, sentenza 24 giugno 2004, C-212/02, *Commissione c. Austria*, par. 20; in senso conforme Corte di Giustizia, sez. VI sentenza 28 ottobre 1999, C-81/98, *Alcatel*, par. 33.

Giustizia, secondo cui il combinato disposto del n. 1, lett. a) e b) e n. 6, comma 2, art. 2 direttiva 89/665/CEE ²⁵ “*si deve interpretare nel senso che, in merito alla decisione dell’autorità aggiudicatrice che precede la conclusione del contratto, con la quale detta autorità sceglie l’offerente che ha preso parte alla procedura di aggiudicazione dell’appalto con cui concludere il contratto, gli Stati membri sono tenuti a prevedere in ogni caso una procedura di ricorso che consenta al ricorrente di ottenere l’annullamento di tale decisione in presenza delle relative condizioni, malgrado la possibilità di ottenere un risarcimento dei danni dopo la conclusione del contratto*”.²⁶

Con l’articolo in commento il legislatore italiano nel perseguimento del citato obiettivo ha addirittura anticipato quello comunitario il quale ha previsto un *stand still clause*, peraltro pari a dieci giorni, soltanto nella proposta di riforma della direttiva ricorsi recentemente presentata dalla Commissione.²⁷

²⁵ Direttiva del Consiglio che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all’applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori.

²⁶ Corte di Giustizia , sez. VI sentenza 28 ottobre 1999, C-81/98, *Alcatel* cit.; in senso conforme Corte di Giustizia , sentenza 3 marzo cause riunite C-21/03 e C-34/03, *Fabricom*.

²⁷ Commissione europea, comunicazione 4 maggio 2006, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia d’aggiudicazione degli appalti pubblici*, COM (2006) 195 def. , 5.

L'accesso agli atti

Da ultimo si tratta di esaminare l'istituto dell'accesso agli atti relativi alle procedure concorrenziali per l'aggiudicazione dei contratti pubblici nonché, va subito sottolineato, di quelle relative all'esecuzione dei contratti pubblici (il termine procedura riferito alla esecuzione del contratto allude agli atti amministrativi che vengono posti in essere in tale fase, si pensi alle relazioni riservate del direttore dei lavori e del collaudatore).

L'accesso agli atti, come noto, vede implicati molteplici interessi pubblici e privati: alcuni che tendenzialmente è deputato a perseguire, altri che possono viceversa essere lesi dal suo esercizio.

L'accesso agli atti è garanzia di trasparenza dell'azione amministrativa e, mediamente, del suo buon andamento e imparzialità. Assolve poi un effetto per così dire politico, dando modo al cittadino di sentirsi partecipe delle scelte amministrative, la loro esternazione essendo il tramite per una loro possibile condivisione, ancor prima che contestazione in sede giudiziaria.

Il diritto di accesso, avendo ad oggetto anche atti privati - e il pensiero corre subito alle offerte dei concorrenti - può contrastare con le esigenze di riserbo proprie degli autori degli atti a garanzia dei segreti tecnici e commerciali da loro meritatamente e onerosamente acquisiti.

Tutto questo è tenuto a mente dal legislatore nel sintetico, ma pregnante articolo 13 del codice dei contratti pubblici (da integrare alla luce delle prescrizioni dettate da altri articoli del codice che a breve si indicheranno).

Il legislatore persegue e contempera tra loro le seguenti finalità:

- garantire la trasparenza delle operazioni di gara;

- garantire la genuinità della concorrenza con differimento dell'accesso, nella presunzione che la immediata divulgazione dei nominativi dei candidati (coloro che hanno presentato richiesta di invito nelle procedure ristrette) e dei concorrenti (coloro che hanno presentato offerta) rechi il rischio di un'indebita intromissione dei soggetti partecipanti alla gara, se non addirittura degli organi amministrativi investiti della sua conduzione;
- garantire il diritto di informazione del candidato/concorrente che vi ha partecipato;
- garantire il diritto di riservatezza dei concorrenti da cui promanano gli atti oggetto di accesso, con venir meno però di tale forma di tutela laddove gli atti siano funzionali all'esercizio del diritto di difesa del richiedente l'accesso.

Vi sono atti ad accesso differito e atti assolutamente o relativamente secretati.

Per quanto concerne la prima categoria di atti, occorre fare riferimento al comma 2 dell'art. 13 d.lgs. n. 163/2006, che puntualmente recita:

<<il diritto di accesso è differito:

a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;

b) nelle procedure ristrette e negoziate, e in ogni ipotesi di gara informale, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;

c) in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione [l'espressione, stando alla sentenza TAR Toscana 18/10/2007, n. 695 alluderebbe all'aggiudicazione anche solo provvisoria].>>.

E' fatto poi divieto di comunicazione in qualsiasi modo degli atti appena indicati prima della scadenza del periodo temporaneo cui è interdetto l'accesso.

La *ratio* di tale peculiare tempistica dell'accesso agli atti ben si comprende ed è stata appena accennata: si vogliono evitare accordi tra i candidati/concorrenti e illegittime pressioni sull'operato dell'Ente procedente.

A fronte di tali rilevanti finalità, chiaramente rispondenti ad esigenze di ordine pubblico e di prevenzione della commissione di reati, è disposta espressamente, per l'ipotesi di inosservanza dell'obbligo di differimento dell'accesso, l'applicazione delle sanzioni penali di cui all'art. 326 c.p. (Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio).

Tali esigenze di prudenza non ricorrono con riguardo alle imprese escluse, le quali possono ottenere da subito l'elenco delle imprese che hanno richiesto di essere invitate nelle procedure ristrette.

La norma sul punto va letta sistematicamente con le norme di cui all'art. 78, co. 1, lett. c), e all'art. 79.

La prima fa espresso obbligo di inserire nei verbali di gara i "*nomi dei candidati o degli offerenti esclusi e i motivi dell'esclusione*"; le altre prescrivono la comunicazione di ufficio dell'esclusione ai soggetti interessati entro cinque giorni dall'adozione di tale determinazione, nonché la successiva comunicazione dei motivi di esclusione entro quindici giorni dalla presentazione di richiesta scritta da parte dell'interessato.

L'art. 79 d.lgs. n. 163/2006 tratta anche della comunicazione di ufficio dell'aggiudicazione. Questa comunicazione è imposta anche in favore di coloro che hanno presentato un'offerta ammessa in gara (oltre che quindi in favore del secondo in graduatoria), nonché degli stessi soggetti esclusi ove presentanti ricorso avverso l'esclusione.

Tale obbligo informativo è fondamentale perché in sua assenza, l'Ente procedente non può siglare il contratto con l'aggiudicatario.

V. art. 11, co. 10, d.lgs. n. 163/2006, secondo cui:

“Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell'articolo 79, salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine. ...”.

La previsione assicura al concorrente non aggiudicatario di dolersi solertemente dell'aggiudicazione altrui prima che venga siglato il contratto (il cui travolgimento peraltro avverrebbe comunque per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione, quand'anche il ricorso sia presentato successivamente alla stipulazione del contratto).

Per quanto concerne gli atti di cui è vietata la propalazione (vedremo poi quando tale divieto tendenzialmente assoluto) tolleri eccezioni, occorre fare riferimento alla norma di cui all'art. 13, co. 5, d.lgs. n. 163/2006, la quale recita testualmente:

- <<a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;
- b) a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento;
- c) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
- d) alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto.>>.

La previsione di cui al punto a) circa le offerte (o meglio parti delle offerte) secretate dei concorrenti è estremamente puntuale e va raccordata con l'emersione, in sede di

accesso agli atti, della figura del controinteressato²⁸ (l'autore, nel caso, degli atti suscettivi di recare segreti tecnici e commerciali), cui l'Ente deve obbligatoriamente indirizzare la richiesta di accesso per consentirgli di opporsi entro un termine di dieci giorni (art. 3 d.P.R. 12/04/2006, n. 184).

Competono ovviamente solo all'Ente procedente le decisioni finali sull'accesso, che non potranno essere adottate prima del decorso del termine suindicato di dieci giorni e, ovviamente, sulla base della considerazione dei motivi dell'opposizione del controinteressato, ove pervenuta (si ritiene anche fuori termine).

Va in particolare rimarcato come si faccia opportunamente carico ai controinteressati/offerenti di evidenziare “*secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente*” ciò che va escluso dall'accesso, evitando così apprezzamenti onerosi da parte dell'Ente, neppure in possesso degli adeguati strumenti per farli.

Resta da verificare se nella prassi giurisprudenziale l'Ente procedente sarà abilitato a negare l'accesso sulla base della mera verifica della ricorrenza di una motivazione plausibile, non stereotipata, e, ove occorra, recante documentazione di appoggio, circa le esigenze di riservatezza dell'offerta o debba spingersi a valutare il merito della attendibilità della motivazione addotta dal controinteressato/offerente.

Si sarebbe orientati nel primo senso, tenuto conto che l'introduzione della norma in esame pare proprio dettata dall'esigenza di esonerare l'Ente da difficoltosi apprezzamenti afferenti la tutela delle opere dell'ingegno, cui non è naturalmente vocato.

²⁸ Art. 22, co. 1, lett.c), l. n. 241/1990, come sostituito dall'art. 15 l. n. 15/2005, che ritiene “*controinteressati ... tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza*”.

La questione perde però, si ritiene, enormemente di peso se si tiene conto che il diritto alla riservatezza del controinteressato/offidente recede di fronte al diritto di difesa del concorrente, facendosi espressamente salvo il diritto all'accesso dell'offerta in favore del concorrente che lo chieda “*in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso* (art. 13, co. 6, d.lgs. n. 163/2006)”.

Vale la pena di ricordare che, laddove entri in gioco il diritto di difesa del concorrente, di segno conflittuale con quello alla riservatezza di altro competitor, l'accesso deve oggi essere assicurato sia nella forma della sola presa visione, sia nella forma di estrazione di copia.

<<La normativa sull'accesso ai documenti amministrativi, in seguito alla riforma operata dalla l. febbraio 2005 n. 15, non distingue più tra visione ed estrazione di copia, né prevede forme di c.d. accesso debole (limitato appunto alla sola visione) per atti lesivi della riservatezza di terzi, il Tribunale rileva che la fattispecie in esame risulta oggi disciplinata dall'art. 13 D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, concernente il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte. (TAR Calabria 25/10/2007, n. 1091)>>.

In termini, sentenza TAR Lazio, Sezione seconda-ter, resa nella Camera di Consiglio del 22/01/2007.

Sono previsti altri due atti secretati, questa volta in termini assoluti, non tolleranti deroghe:

i pareri legali (1) e le relazioni riservate del direttore dei lavori e del collaudatore (2), atti questi inerenti l'esecuzione del contratto, cui opportunamente l'articolo in esame ha esteso il diritto di accesso).

1) È bene precisare che non tutti i pareri legali rilasciati in favore dell'Ente procedente sono secretati.

Non possono formare oggetto di accesso solo quelli afferenti la difesa giudiziaria dell'Ente, non quelli invece acquisiti in sede di procedura, sulla cui scorta poi l'Ente abbia poi integrato i presupposti o le motivazioni dell'atto finale.

Tutto ciò è chiarito dalla sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, 13/10/2003, n. 6200.

Ivi si prende atto che il ricorso alle consulenze legali esterne può avvenire ad opera dell'Amministrazione in diverse forme ed in diversi momenti dell'attività amministrativa di sua competenza.

<<Quando la consulenza legale esterna si inserisce nell'ambito di un'apposita istruttoria procedimentale, nel senso che il parere è richiesto al professionista con l'espressa indicazione della sua funzione endoprocedimentale ed è poi richiamato nella motivazione dell'atto finale, la consulenza legale, pur traendo origine da un rapporto privatistico, normalmente caratterizzato dalla riservatezza della relazione tra professionista e cliente, è soggetta all'accesso, perché oggettivamente correlata ad un procedimento amministrativo.

Viceversa, allorché la consulenza si manifesta dopo l'avvio di un procedimento contenzioso (giudiziario, arbitrale, od anche meramente amministrativo), oppure dopo l'inizio di tipiche attività precontenziose, quali la richiesta di conciliazione obbligatoria che precede il giudizio in materia di rapporto di lavoro [le riserve apposte sui documenti contabili], e l'amministrazione si rivolge ad un professionista di fiducia, al fine di definire la propria strategia difensiva (accoglimento della pretesa, resistenza in giudizio, adozione di eventuali provvedimenti di autotutela, ecc.), il parere del legale non è affatto destinato a sfociare in una determinazione amministrativa finale, ma mira a fornire all'ente pubblico tutti gli elementi tecnico-giuridici utili per tutelare i propri interessi: in questo caso, le consulenze legali restano caratterizzate dalla riservatezza, che mira a tutelare non solo l'opera intellettuale del legale, ma anche la stessa posizione dell'amministrazione, la quale,

esercitando il proprio diritto di difesa, protetto costituzionalmente, deve poter fruire di una tutela non inferiore a quella di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento.

Il principio della riservatezza della consulenza legale si manifesta anche nelle ipotesi in cui la richiesta del parere interviene in una fase intermedia, successiva alla definizione del rapporto amministrativo all'esito del procedimento, ma precedente l'instaurazione di un giudizio o l'avvio dell'eventuale procedimento precontenzioso, perché, pure in tali casi, il ricorso alla consulenza legale persegue lo scopo di consentire all'amministrazione di articolare le proprie strategie difensive, in ordine ad un lite che, pur non essendo ancora in atto, può considerarsi quanto meno potenziale. Ciò avviene, in particolare, quando il soggetto interessato chiede all'amministrazione l'adempimento di una obbligazione, o quando, in linea più generale, la parte interessata domanda all'amministrazione l'adozione di comportamenti materiali, giuridici o provvedimenti, intesi a porre rimedio ad una situazione che si assume illegittima od illecita.>>.

2) Per quanto concerne le relazioni riservate del direttore dei lavori e del collaudatore, va segnalata la recente Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 13/09/2007, n. 11, che ha ritenuto, non ostensibili, anche nel previgente regime, le relazioni in questione, quand'anche, al tempo del pronunciamento sull'istanza di accesso, fosse già cessata la fase precontenziosa dell'accordo bonario, cui erano preordinate.

L'Adunanza Plenaria rileva in particolare come il loro contenuto di resoconto all'Ente appaltante delle vicende relative all'esecuzione del contratto esclude di per sé che esse rispondano all'interesse di entrambe le parti, dovendosi invece assumere il loro ruolo di esclusivo sostegno all'Amministrazione che si oppone alle richieste dell'appaltatore, con sostanziale assimilabilità ai pareri legali secretati di cui si è appena detto.

Per completezza, non può non ricordarsi in tema di accesso, l'Adunanza Plenaria n.7 /2006, la quale ha riconosciuto il carattere perentorio del termine di trenta giorni per

adire il Giudice amministrativo nel caso di diniego di accesso (o di formazione del silenzio significativo sull'istanza di accesso).

Ciò preclude *ex se* la reiterabilità dell'istanza di accesso da parte dell'interessato ove sia decaduto dal termine per proporre ricorso al TAR, salvo che tale istanza si regga su fatti nuovi.

L'Amministrazione quindi in caso di mera reiterazione dell'istanza di accesso è del tutto legittimata a rigettarla, ribadendo la propria precedente determinazione, anche se intervenuta *per facta concludentia*.