

# **ANCE**

ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI

***"NUOVO CODICE DEGLI APPALTI PUBBLICI"***

***Esame e commento del D.Lgs n. 163/2006***

***Luglio 2006***

## **INDICE**

<b>PREMESSA</b>	4
<b>PARTE I: PRINCIPI GENERALI</b>	
1. Problema costituzionale	5
2. Regolamento e capitolati	5
3. Autorità di vigilanza sui contratti pubblici	7
4. Sportello dei contratti pubblici	8
5. Aggiudicazione provvisoria, definitiva e contratto	9
6. Accesso agli atti	11
7. I contratti misti	11
<b>PARTE II: APPALTI DEI SETTORI ORDINARI</b>	
<b>Titolo I: I contratti di rilevanza comunitaria</b>	
1. Ambito di applicabilità del codice	12
2. Opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione	12
3. Lavori in house	15
4. Divieto di concessioni di committenza. Eccezioni. Centrali di committenza	17
5. Associazioni temporanee di imprese di tipo orizzontale	17
6. Divieti di partecipazione alle gare e controlli sui requisiti	18
7. Avvalimento	21
8. Oggetto del contratto. Attività progettuale da parte delle imprese	26
9. Liberalizzazione della scelta tra appalti a corpo e a misura	28
10. Procedure di gara	29
11. Procedure aperte e ristrette	29
12. Procedure negoziate	30
13. Il dialogo competitivo	32
14. L'accordo quadro	38
15. Le aste elettroniche	41
16. Criteri di aggiudicazione	45
17. Offerta economicamente più vantaggiosa	46
18. Criteri di individuazione delle offerte anomale	48
19. Verifica preventiva dell'interesse archeologico in sede di progetto preliminare	51
20. Disciplina specifica dei contratti sotto soglia	54
21. Le concessioni di lavori pubblici	56

**PARTE III: LA DISCIPLINA DEI SETTORI SPECIALI**

<b>Premessa</b>	59
1. Ambito di applicazione	60
2. Soglie (art. 215)	63
3. Esclusioni	63
4. Procedure di gara	65
5. Pubblicità	66
6. Qualificazione	67
7. Appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria	69
8. Normativa comune ai settori ordinari	69
9. Esecuzione dei lavori	70

**PARTE IV: CONTENZIOSO**

1. Accordo bonario e transazione come mezzo di risoluzione delle riserve	71
--	----

**PARTE V: DISPOSIZIONI DI COORDINAMENTO, FINALI E TRANSITORIE – ABROGAZIONI**

1. Norme transitorie	73
2. Eventuale sospensione di alcuni istituti del codice fino al 1° febbraio 2007	74

## **PREMESSA**

In data 2 maggio 2006 è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, contenente il nuovo codice degli appalti pubblici, che razionalizza in un contesto organico l'intera materia, recependo le direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18 del 31 marzo 2004 e semplificando in più punti le procedure, in aderenza alla delega contenuta all'art. 25 della legge 18 aprile 2005, n. 62.

Caratteristica di tale codice è l'unificazione, conformemente alle direttive comunitarie, in un unico testo delle materie dei lavori pubblici, dei servizi e delle forniture; ulteriore caratteristica è rappresentata dall'accorpamento nel medesimo testo di materie riguardanti i lavori pubblici prima disciplinate da normative speciali, quali i contratti relativi ai beni culturali, i lavori relativi a infrastrutture strategiche e gli appalti rientranti nei c.d. settori speciali.

Il codice è suddiviso in 5 Parti, a loro volta suddivise in Titoli, Capi e Sezioni, che seguono lo sviluppo sequenziale e logico dell'attuazione degli interventi.

La Parte I (articoli 1-27) è dedicata alla trattazione dei principi generali della materia degli appalti pubblici.

La Parte II (articoli 28-205) concerne la disciplina degli appalti rientranti nei c.d. settori ordinari ed è suddivisa in 4 Titoli: il Titolo I riguarda i contratti di importo superiore alla soglia comunitaria (articoli 28-120); il Titolo II (articoli 121-125) i contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria; il Titolo III (articoli 126-194) detta disposizioni specifiche concernenti i lavori pubblici sia in tema di programmazione e di esecuzione (capo I), sia in tema di concessioni (capo II), sia in tema di finanza di progetto (capo III), sia, infine, in tema di infrastrutture strategiche (capo IV); il Titolo IV (articoli 195-205) riguarda i contratti nel settore della difesa (articoli 195-196) ed i contratti in materia di beni culturali (articoli 197-205).

La Parte III (articoli 206-238) concerne la disciplina dei contratti pubblici nei settori speciali e consta di 2 Titoli, relativi, il primo, ai contratti sopra soglia (articoli 206-237) ed il secondo ai contratti sotto soglia (articolo 238).

La Parte IV (articoli 239-246) disciplina il contenzioso.

La Parte V (articoli 247-257) contiene disposizioni di coordinamento finali, tra cui particolare rilievo presentano le disposizioni transitorie di cui all'art. 253.

Di seguito, si passa a commentare esclusivamente la materia degli appalti di lavori pubblici, focalizzando l'attenzione sulle innovazioni e/o semplificazioni introdotte dal codice rispetto al precedente assetto normativo.

## ***Parte I: Principi generali***

### ***1. Problema costituzionale***

L'art. 4 del codice ha accolto molte posizioni che l'Ance da tempo sosteneva nell'ottica di una corretta razionalizzazione e suddivisione di competenze legislative tra Stato e Regioni.

In particolare è stabilito che le Regioni non possono prevedere una disciplina diversa da quella del Codice, in materia di qualificazione e gare (selezione dei concorrenti, procedure, criteri di aggiudicazione), in materia di esecuzione dei contratti (compresi subappalto, direzione dei lavori, contabilità e collaudo) e in materia di contenzioso; ciò in quanto le procedure di affidamento vanno ricondotte alla nozione di "tutela della concorrenza", i rapporti connessi all'esecuzione del contratto alla nozione di "ordinamento civile", e la materia del contenzioso alla "giurisdizione", materie tutte rientranti nell'ambito della potestà legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 2 della Costituzione.

Vengono fatte rientrare, invece, nella competenza concorrente delle Regioni (in base alla quale queste possono legiferare, ma nel rispetto dei principi fondamentali del Codice) le materie della programmazione, dell'approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, dell'organizzazione amministrativa degli enti e dei soggetti preposti ai compiti e controlli inerenti la realizzazione delle opere, delle attribuzioni del responsabile del procedimento, della sicurezza del lavoro.

Infine, l'espressa eccezione contenuta al 3° comma dell'art. 4 sembra ricondurre alla competenza residuale (e perciò esclusiva) delle Regioni, di cui all'art. 117, comma 4 della Costituzione, tutti i profili di organizzazione amministrativa, inerenti il funzionamento dei soggetti pubblici preposti a tale materia, collegati ai predetti ambiti di competenza esclusiva statale.

La suddetta delimitazione di competenze costituisce sicuramente un risultato importante, in quanto, nel recente passato, si era determinata una situazione di accentuata confusione di ruoli, considerato che varie regioni ritenevano di poter incisivamente legiferare anche in materia di procedure di gara ed esecuzione del contratto.

La nuova normativa dovrebbe costituire un punto definitivo sulla delimitazione delle competenze, con il risultato assai positivo di attribuire alla competenza statale materie, quali le procedure di gara e l'esecuzione del contratto, che non possono non avere una disciplina omogenea su tutto il territorio nazionale.

### ***2. Regolamento e capitolati***

È previsto (art. 5) che lo Stato emani un regolamento di attuazione del Codice, contenente una disciplina cogente *in toto* per le amministrazioni e gli enti statali e cogente per tutti gli altri soggetti appaltanti, limitatamente agli aspetti, di cui prima si è detto, rientranti nella competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Dal combinato disposto dell'art. 5, dell'art. 40, comma 2 e dell'art. 253, comma 3 si evince che il nuovo regolamento riguarderà sia la disciplina attinente la programmazione, la progettazione, le procedure di gara, l'esecuzione dei lavori, il collaudo, sia la qualificazione dei concorrenti; in buona sostanza risulteranno accorpati in un unico testo normativo gli attuali regolamenti n. 554/1999 e n. 34/2000.

Il nuovo regolamento dovrà essere adottato entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice ed entrerà in vigore 180 giorni dopo la pubblicazione (art. 253, comma 2); fino alla sua entrata in vigore, continueranno ad applicarsi il regolamento n. 554/1999 ed il regolamento n. 34/2000 (art. 253, comma 3).

È poi stabilito (art. 5, comma 8) che, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sia adottato un capitolato generale, contenente la disciplina di dettaglio dell'esecuzione del contratto, per le amministrazioni statali. Nonostante la non felice dizione normativa che impone che tale capitolato generale sia menzionato nel bando o nell'invito, è da ritenere che esso, per le amministrazioni statali e per gli enti pubblici nazionali alle stesse equiparati, abbia natura regolamentare, e perciò trovi applicazione indipendentemente ed a prescindere da un espresso richiamo negli atti di gara o contrattuali; inoltre, in ragione della sua natura regolamentare, tale capitolato sarà soggetto alle norme sull'interpretazione della legge, di cui agli artt. 12-14 delle disposizioni preliminari al codice civile, anziché a quelle sull'interpretazione dei contratti di cui agli artt. 1362-1371 cod. civ..

Per le stazioni appaltanti diverse da quelle statali, è previsto che esse (art. 5, commi 7 e 9) possano agire in due diversi modi: a) richiamare nei propri atti di gara la disciplina del capitolato generale statale, che perciò in tal caso assume natura negoziale ed è soggetto alle norme sull'interpretazione dei contratti; b) adottare, con provvedimento del proprio organo deliberante un capitolato generale, concernente la generalità dei propri contratti. È poi prevista la possibilità che le stazioni appaltanti, sempre con proprio provvedimento amministrativo, adottino capitolati speciali tipo, contenenti la disciplina di dettaglio e tecnica di specifiche forme contrattuali.

Sul punto, è da notare che l'attuale capitolato generale, approvato con D.M. n. 145/2000, contiene la disciplina di figure di assoluta rilevanza nell'esecuzione dell'appalto, quali, ad esempio, la disciplina delle varianti in corso d'opera e della sospensione di lavori, le norme a tutela dei lavoratori, la disciplina degli interessi per ritardato pagamento. Ora, se le più importanti di tali figure risulteranno disciplinate dal nuovo regolamento generale *nulla quaestio*; se, invece, ciò non avverrà, risulterà rimessa ai singoli enti non statali la formulazione di una propria disciplina in ordine a istituti che per la loro rilevanza dovrebbero avere trattamento omogeneo su tutto il territorio nazionale. È perciò auspicabile che la parte più sostanziale del D.M. n. 145/2000 venga ridisciplinata nel nuovo emanando regolamento di attuazione del Codice.

In ogni caso, fino all'adozione del nuovo capitolato generale (è da ritenere sia di quello delle amministrazioni statali, sia di quello delle altre amministrazioni), continua a trovare applicazione l'attuale capitolato generale, approvato con D.M. 19 aprile 2000, n. 45.

Per la verità, l'art. 253, comma 3, con formulazione non particolarmente felice, afferma che, fino all'adozione del nuovo capitolato generale, continua ad applicarsi quello approvato con D.M. n. 145/2000 "se richiamato nel bando". Tale ultima condizione sembra doversi considerare una mera svista legislativa, posto che è impensabile che, nel caso di mancato richiamo nel bando, restino prive di disciplina le fattispecie sopra ricordate, oggi regolamentate dal D.M. n. 145/2000.

### **3. Autorità di vigilanza sui contratti pubblici**

In linea di larga massima, i compiti e la disciplina dell'Autorità restano immutati, per quanto estesi anche ai servizi ed alle forniture. Risultano però introdotte alcune significative innovazioni.

In primo luogo, all'Autorità viene attribuito espressamente il potere (art. 6, comma 7, lettera m) di annullare le attestazioni rilasciate alle imprese dalle SOA, in difetto dei presupposti che la legge stabilisce per detto rilascio. Tale potere può essere esercitato, allorché, a seguito di attività ispettiva (avviata d'ufficio o su segnalazione di qualunque interessato), l'Autorità accerti l'irregolarità amministrativa nel rilascio dell'attestazione. Il potere di annullamento non è però immediato, in quanto condizione necessaria per il suo esercizio è che l'Autorità accerti l'inerzia della SOA nel provvedere essa stessa alla revoca dell'attestazione. Ciò sta a significare che l'Autorità deve comunicare alla SOA gli esiti dei suoi accertamenti, di modo che sia la SOA, fatti eventualmente i necessari accertamenti istruttori complementari, a revocare l'attestazione; soltanto in assenza di tale attività, la stessa Autorità potrà procedere all'annullamento diretto, in esercizio del suo potere sostitutivo. È inoltre da ritenere, in omaggio ai principi generali, che nel corso dell'istruttoria debba essere coinvolta anche l'impresa interessata, con apposito avviso di avvio del procedimento, onde metterla in condizione di fornire eventuali elementi che possano giustificare la situazione determinatasi.

Inoltre, la stessa disposizione attribuisce all'Autorità il potere di sospendere in via cautelare l'attestazione illegittimamente rilasciata. Pur nella laconicità della norma, è da ritenere che il potere cautelare possa essere attuato sulla falsariga di quello attribuito in via giurisdizionale ai Tribunali amministrativi, e perciò allorché l'Autorità ravvisi la sussistenza sia del *fumus boni iuris*, e cioè dell'evidenza dell'illegittimità dell'operato della SOA, sia del danno grave e irreparabile che la mancata sospensione potrebbe determinare sia all'interesse collettivo, sia all'interesse degli altri operatori economici.

Altra funzione di particolare rilievo e di assoluta novità, attribuita all'Autorità, è quella di esprimere parere, su richiesta dell'ente appaltante e di uno o più degli operatori economici interessati, in merito a questioni concernenti lo svolgimento della procedura di gara ed insorte durante la stessa.

La *ratio* della norma è evidentemente quella di attuare uno strumento che possa avere l'effetto di evitare contenziosi giurisdizionali, spesso delicati e certamente, nel merito, assai lunghi.

Va, innanzitutto, rilevato che presupposto per l'applicazione della norma è la lesione ovvero la potenziale lesione di un interesse legittimo, e cioè una situazione idonea a sfociare nella sede giurisdizionale, perché altrimenti si verterebbe in tema di interessi di mero fatto, rispetto ai quali l'autonomia dell'ente appaltante deve essere piena.

La norma richiede poi alcune precisazioni. In primo luogo, sembra che perché il parere possa essere emesso, sia necessario l'accordo delle parti contendenti: non sarebbe perciò sufficiente la semplice richiesta della stazione appaltante o del concorrente. Ciò si evince dalla prima parte della disposizione, che parla di "iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti". Tale specifica disposizione, del tutto condivisibile, trova giustificazione nel rilievo che, ove sussista l'accordo delle parti, sussiste evidentemente il dubbio di entrambe, con un alto grado di probabilità che, perciò, il parere possa evitare il ricorso giurisdizionale.

Inoltre, il parere non è vincolante, e perciò nonostante l'accordo nel richiederlo all'Autorità, il privato resta libero di adire comunque l'Autorità giurisdizionale.

Tale importante funzione può aver luogo, sia allorché l'amministrazione nutra dubbi su comportamenti ancora da adottare (si pensi al dubbio se escludere o meno un'impresa), sia allorché abbia già adottato provvedimenti che il privato ritenga lesivi della sua posizione. In quest'ultimo caso, evidentemente, perché possa avere una sua eventuale, concreta utilità, il parere dovrà essere reso in tempi compatibili con il termine di 60 giorni per impugnare il provvedimento contestato, considerato che in assenza di specifica indicazione normativa la richiesta di parere non ha alcuna efficacia sospensiva del termine decadenziale per il ricorso.

La norma, inoltre, prevede che con il parere l'Autorità possa eventualmente formulare "una ipotesi di soluzione" della questione. Tale previsione risulta particolarmente (se non esclusivamente) utile, relativamente alle ipotesi sopra dette, in cui l'amministrazione non abbia ancora adottato alcun provvedimento e sia in dubbio sulla via da percorrere.

#### ***4. Sportello dei contratti pubblici***

Nell'ottica della semplificazione, particolare rilievo presenta la disposizione (art. 9), secondo cui le amministrazioni hanno facoltà di istituire un ufficio, denominato "sportello dei contratti pubblici", con il compito specifico di fornire tempestivamente agli operatori economici ogni necessaria informazione concernente le normative specifiche vigenti nel luogo di esecuzione dei lavori, quelle concernenti gli adempimenti fiscali, la tutela dell'ambiente, la sicurezza e comunque ogni altra disposizione interessante l'esecuzione dei lavori.

Altro compito di particolare rilievo, attribuito al predetto sportello, è quello consistente nell'obbligo di fornire tempestivamente agli operatori economici interessati tutta la documentazione utile per la presentazione delle candidature (e cioè delle domande di partecipazione) e delle offerte. Si tratta di disposizione dalla portata assai ampia che, di fatto, preclude agli enti appaltanti ogni possibilità di opporre diniego alle richieste con la motivazione che i concorrenti possono esaminare la documentazione utile presso la sede dell'ente. In termini più ampi, la disposizione sembra far emergere il principio generale, secondo cui i candidati hanno diritto non soltanto ad esaminare la documentazione di gara, ma anche ad ottenerne copia ai fini di una più meditata elaborazione dell'offerta.

Del tutto singolare appare la disposizione che prevede che le informazioni prima dette siano fornite a fronte di un corrispettivo; infatti, non sembra in verità dubbio che la diffusione di informazioni utili o necessarie rientri tra i compiti istituzionali dell'ente appaltante e, perciò,



non possa costituire oggetto di corrispettivo specifico. Al contrario, risulta ampiamente condivisibile la norma, ove la stessa sia intesa in senso restrittivo di pagamenti a carico del privato, a fronte dei costi per ottenere copia della documentazione richiesta.

## **5. Aggiudicazione provvisoria, definitiva e contratto**

Il codice (articoli 11 e 12) stabilisce espressamente l'obbligo per gli enti di procedere all'approvazione dell'aggiudicazione disposta dal seggio di gara o dalla commissione, così distinguendo tra aggiudicazione provvisoria ed aggiudicazione definitiva, che ha luogo allorché la prima sia stata approvata.

Le amministrazioni possono prevedere nei propri ordinamenti il termine massimo entro cui l'organo di controllo deve procedere all'approvazione ovvero al diniego dell'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria. Qualora nulla prevedano, detto termine si intende stabilito *ipso iure* in 30 giorni.

Va sottolineata una erronea impostazione normativa, laddove il termine per l'approvazione (vuoi che sia stato fissato dall'ente nel proprio ordinamento, vuoi che sia di 30 giorni) viene fatto decorrere "dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente" (e cioè l'organo di controllo deputato ad approvare); detto ricevimento, infatti, viene a dipendere dalla maggiore o minore tempestività con cui il seggio di gara trasmette gli atti all'organo di controllo, sicché la decorrenza del termine non soltanto ha carattere incerto, ma potrebbe essere differita anche in modo assai sensibile nei casi di inerzia nella trasmissione stessa. Più correttamente la norma avrebbe dovuto far decorrere il termine da un atto di data certa, che nel caso specifico non poteva che essere il verbale di proclamazione dell'aggiudicazione provvisoria.

Inoltre, non si può sottacere l'approssimazione legislativa, laddove rimette all'apprezzamento di ogni singolo ente la determinazione, nell'ambito del proprio ordinamento, del termine massimo per procedere all'approvazione, senza stabilire un limite invalicabile. Evidenti esigenze di correttezza e trasparenza dell'azione amministrativa dovrebbero indirizzare peraltro le amministrazioni a non discostarsi in modo significativo dal termine di 30 giorni, operante *ipso iure* nel caso di mancata previsione.

L'approvazione dei risultati di gara, a seguito della quale l'aggiudicazione da provvisoria diviene definitiva, costituisce momento particolarmente importante e significativo, in quanto l'amministrazione, attraverso il suo organo di controllo, ha un sufficiente margine di tempo per verificare che la procedura si sia svolta legittimamente e conformemente a tutte le disposizioni che la regolano; con la conseguenza che, ove l'organo di controllo ravvisi irregolarità (per esempio, l'esclusione di un'impresa che avrebbe dovuto essere ammessa o, al contrario, l'ammissione di un'impresa che avrebbe dovuto essere esclusa), assume un provvedimento di diniego dell'approvazione. Ove il vizio rilevato investa l'intera procedura, la gara dovrà essere ripetuta; ove, invece, investa situazioni specifiche, il seggio di gara, in omaggio al principio di conservazione del procedimento, dovrà essere riconvocato, per procedere a sanare la procedura dal vizio rilevato, portandola a termine legittimamente.

Disposizione di particolare efficacia semplificatrice è quella (art. 12, comma 1 ultimo periodo), secondo cui, decorso inutilmente il termine previsto nell'ordinamento dell'amministrazione

ovvero in mancanza di questo il termine di 30 giorni, l'aggiudicazione si intende tacitamente approvata; ha luogo, in altri termini, una particolare forma di silenzio-assenso con effetti rilevanti sia per l'amministrazione, sia per l'imprenditore. Gli effetti della disposizione sono quanto mai significativi, in quanto in futuro eviteranno i casi, non di rado in passato intervenuti, nei quali l'approvazione dell'aggiudicazione aveva luogo in tempi assai lunghi, senza alcuna certezza per l'appaltatore.

È poi espressamente sancito (art. 11, commi 7 e 8) che l'aggiudicazione definitiva non equivale all'accettazione dell'offerta e diviene efficace soltanto dopo l'esito positivo della verifica del possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti prescritti negli atti di gara e dichiarati in sede di domanda di qualificazione ovvero in sede di offerta. Una volta divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, le parti devono procedere alla stipula del contratto entro 60 giorni da questa, e cioè entro 60 giorni dall'esito positivo della verifica dei requisiti; ciò, pur nel silenzio della norma, comporta che l'amministrazione debba comunicare all'aggiudicatario detta avvenuta verifica positiva, sicché il predetto termine di 60 giorni decorrerà da tale data certa dell'avvenuta comunicazione.

Qualora la stipula del contratto non abbia luogo nel predetto termine, per fatto riconducibile all'amministrazione, l'aggiudicatario può sciogliersi dai vincoli nascenti dall'aggiudicazione, mediante atto scritto notificato all'amministrazione; è però stabilito che, in tal caso, all'aggiudicatario non spetti alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese sostenute per la partecipazione alla gara. Tale disposizione appare poco comprensibile sul piano logico, perché di fatto dà piena libertà all'amministrazione di non procedere neppure alla stipula del contratto, sostenendo esclusivamente il rimborso delle esigue spese sostenute dal soggetto che partecipa alla gara. Viene così di fatto superato il principio (ineccepibile e costantemente affermato in giurisprudenza) secondo cui l'aggiudicazione, in quanto contenente l'incontro delle volontà equivale, a tutti gli effetti, al contratto.

A fronte di tale sostanziale libertà di comportamento dell'amministrazione, è invece stabilito:

- a.** da un lato, che l'offerta vincola l'appaltatore per il periodo indicato negli atti di gara e, in caso di mancanza di tale indicazione, per 180 giorni dalla scadenza del termine stabilito per la presentazione delle offerte (art. 11, comma 6); ciò sta a significare che l'aggiudicazione deve aver luogo nel predetto termine, con la conseguenza che ove ciò non avvenga il concorrente può ritenersi svincolato da ogni suo obbligo.
- b.** dall'altro, che, una volta che sia intervenuta nei termini l'aggiudicazione, l'appaltatore non può revocare la sua offerta, sino alla scadenza del termine stabilito per la stipula del contratto (art. 11, comma 7).

Il contratto non può essere stipulato prima del decorso di 30 giorni dalla comunicazione ai controinteressati (e cioè agli altri possibili aggiudicatari) del provvedimento di aggiudicazione definitiva; tale disposizione sembrerebbe avere la finalità di mettere l'amministrazione in condizione di valutare la fondatezza o meno di eventuali ricorsi dei controinteressati, in modo da non procedere alla stipula del contratto, qualora vi sia il fondato timore che il ricorso possa essere accolto. Tuttavia, la norma risulta mal congegnata, visto che il termine per stipulare il contratto è di 60 giorni ed analogamente il termine per impugnare è di 60 giorni decorrenti dalla comunicazione dell'esito della gara.

Dalla lettura complessiva degli articoli 11 e 12 si evince che il momento dell'approvazione dell'aggiudicazione è obbligatorio per tutte le amministrazioni appaltanti; al contrario, è stabilito che le amministrazioni possano prevedere anche l'approvazione del contratto, che perciò è un momento soltanto eventuale. Ove prevista nel singolo ordinamento, questa deve avere luogo nel termine ivi stabilito, ovvero in mancanza di questo, nel termine di 30 giorni. Decorso il primo ovvero il secondo termine, il contratto si intende tacitamente approvato.

## **6. Accesso agli atti**

Risultano ribaditi i principi, peraltro già pacifici nella prassi amministrativa, secondo cui il diritto di accesso non è consentito: 1) nelle procedure aperte, relativamente all'indicazione di tutti i soggetti che hanno presentato offerta, fino alla scadenza del termine di presentazione delle offerte stesse; 2) nelle procedure ristrette e nelle gare informali, in relazione all'indicazione dei soggetti che hanno formulato richiesta di invito e dei soggetti che sono stati invitati, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte stesse; 3) in relazione alle offerte, prima dell'aggiudicazione definitiva, e cioè dell'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria. Quest'ultima prescrizione indurrebbe a ritenere che l'atto impugnabile in sede giurisdizionale sia unicamente l'aggiudicazione definitiva, posto che soltanto dopo questa è consentito il diritto di accesso; verrebbe così superata un'annosa diatriba giurisprudenziale, in ordine all'impugnabilità dell'aggiudicazione provvisoria, di quella definitiva o di entrambe.

Vengono poi espressamente esclusi dal diritto di accesso: a) le informazioni fornite dagli offerenti, nell'ambito delle offerte o delle giustificazioni, che costituiscano segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte stesse; b) i pareri legali; c) le relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle riserve dell'appaltatore.

Peraltro, mentre per gli atti sub b) e c) il divieto di accesso è assoluto, per quelli sub a), inerenti cioè gli aspetti delle offerte coinvolgenti segreti tecnici o commerciali, il diritto di accesso è consentito al concorrente che lo chiede "in vista della difesa in giudizio". In tal modo, di fatto, il divieto viene annullato, potendo comunque accedere l'interessato ai documenti segreti, ove manifesti l'intendimento di promuovere ricorso. Tale conclusione appare in realtà contraddittoria, perché ove interpretata in tal senso avremmo una singolare disposizione che prima pone un divieto perentorio e poi, di fatto, lo rende inefficace. Su tale presupposto, può ipotizzarsi che residui un margine di discrezionalità dell'amministrazione, nel valutare se effettivamente l'atto segreto sia rilevante o meno ai fini della difesa in giudizio, consentendo l'accesso soltanto in caso affermativo.

## **7. I contratti misti**

Viene ribadito il previgente principio che fa leva, sia sul fattore quantitativo, sia su quello sostanziale del carattere accessorio di una tipologia contrattuale rispetto a un'altra.

Ne consegue che costituisce regola generale quella secondo cui il contratto va considerato appalto di lavori pubblici, e perciò soggetto alla relativa disciplina, se l'importo dei lavori supera il 50% dell'intero importo contrattuale; è però previsto che, anche in tal caso, e cioè quando l'importo dei lavori sia superiore al 50%, questi possano essere considerati, secondo un giudizio logico e coerente dell'amministrazione, a carattere accessorio rispetto alle altre

prestazioni ed in tal caso si tratterà di contratto di servizio o fornitura, a seconda dell'oggetto prevalente.

Il giudizio circa l'accessorietà attiene alla discrezionalità tecnica dell'amministrazione ed in quanto tale è da ritenere, in linea di massima, non sindacabile nella sede giurisdizionale, salvo che non si dimostri una palese illogicità di giudizio, un'erronea valutazione dei presupposti di fatto ovvero una violazione di norme tecniche.

È, infine, stabilito che nei contratti misti ciascun operatore economico debba possedere requisiti di qualificazione relativi alla specifica prestazione (lavori, servizi o forniture), di cui assume l'esecuzione.

## ***Parte II: Appalti dei settori ordinari***

### ***Titolo I: I contratti di rilevanza comunitaria***

#### ***1. Ambito di applicabilità del codice***

Sostanzialmente immutato resta l'ambito di applicabilità soggettivo della nuova normativa rispetto a quello stabilito dalla previgente. In linea generale, è stabilito all'art. 32, comma 1 lettera a) che la normativa del codice debba essere applicata da tutte le amministrazioni aggiudicatrici, intendendosi con tale definizione (art. 3, commi 25 e 26) le amministrazioni statali, gli enti pubblici territoriali, ogni altro ente pubblico, nonché infine gli organismi di diritto pubblico. Tale ultima nozione risulta, come peraltro nel precedente ordinamento, di portata essenziale ed onnicomprensiva, in quanto identifica qualsiasi organismo, avente anche forma privatistica, e perciò societaria, che risponda alle tre seguenti caratteristiche: a) sia dotato di personalità giuridica; b) abbia la finalità di perseguire interessi collettivi e perciò non abbia alcuna connotazione industriale o commerciale; c) sia finanziato in modo maggioritario da soggetti pubblici ovvero sia soggetto al controllo di questi ovvero, infine, abbia un organo di amministrazione costituito da membri dei quali più della metà sia di designazione da parte dei medesimi soggetti pubblici.

#### ***2. Opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione***

Il codice, su tale delicata materia, ha apportato innovazioni rilevanti sul piano pratico della semplificazione ed accelerazione degli interventi, considerati i limiti imposti dall'Unione Europea, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia n. 399/1998 e del parere della Commissione n. 2182/2001. Secondo queste ultime, allorché il titolare del permesso a costruire un'opera privata assume l'obbligo di eseguire opere di urbanizzazione, in luogo del pagamento del contributo dovuto per il rilascio del permesso, deve rispettare la disciplina pubblicistica, costituendo le opere di urbanizzazione opere pubbliche a tutti gli effetti. Più in particolare, detto orientamento riguarda non soltanto le opere di urbanizzazione sopra soglia, ma anche quelle sotto soglia, relativamente alle quali peraltro si ritiene sufficiente l'applicazione dei principi generali del Trattato in materia di imparzialità e concorrenza.

La rigida applicazione di tali principi, nel nostro ordinamento, determinerebbe alcune controindicazioni, perché obbligherebbe sempre e comunque il titolare del permesso a costruire ad appaltare a terzi le opere di urbanizzazione con tutte le disfunzioni in termini logistici, funzionali e temporali, conseguenti la coesistenza di due diverse imprese relativamente alla realizzazione di opere strettamente correlate.

Il nostro legislatore ha, perciò, tentato di contemperare i principi comunitari con le esigenze di snellezza, connaturate alle modalità di realizzazione di opere rientranti nella categoria dell'edilizia privata, stabilendo particolari modalità di esecuzione delle opere a scomputo, a seconda che si tratti di opere di urbanizzazione primaria e secondaria e a seconda che l'importo di queste si collochi al di sotto o al di sopra della soglia comunitaria. Per comodità, si ricorda che le opere di urbanizzazione primaria sono quelle interconnesse, funzionalmente e fisicamente, all'edificio principale (fognature, rete idrica, parcheggi, strade residenziali etc.), mentre sono secondarie quelle aventi una loro netta autonomia, anche se al servizio dell'assetto urbanistico nel quale l'edificio deve sorgere (asili, scuole, mercati etc.) (legge 29.9.1964 n. 847).

Le due disposizioni che disciplinano le opere a scomputo sono l'art. 122, comma 8 e l'art. 32, comma 1, lett. g).

In base alla prima di dette norme, relativamente alle opere sotto soglia, il titolare del permesso a costruire ha facoltà di eseguire direttamente le opere di urbanizzazione primarie correlate al singolo intervento assentito.

La portata semplificatrice di tale norma risulta evidente, considerato che il paventato obbligo di dover appaltare a terzi le opere di urbanizzazione primaria avrebbe determinato, come si è detto, lungaggini, disfunzioni operative ed organizzative, nonché confusione di ruoli.

La soluzione legislativa ora detta risulta, perciò, non soltanto utile sul piano dell'opportunità, ma anche corretta giuridicamente, proprio perché si ispira al principio generale comunitario (art. 31, punto 1, lett. b, direttiva n. 2004/18), che consente l'affidamento diretto all'esecutore dei lavori principali, nei casi in cui, per ragioni di natura tecnica, l'appalto ulteriore (nel nostro caso le opere di urbanizzazione) possa esser affidato unicamente ad un operatore determinato.

Per quanto concerne, invece, le opere di urbanizzazione primaria e secondaria sopra soglia e quelle secondarie sotto soglia, il legislatore a seguito degli indirizzi espressi dall'Unione europea ha contemperato la tutela della concorrenza con la possibilità del titolare del permesso a costruire di eseguire direttamente dette opere.

In tal senso, l'art. 32, comma 1, lett. g) ha previsto, rimettendone la scelta all'amministrazione, la seguente alternativa:

1. l'applicazione del codice, e perciò l'appalto a terzi delle opere di urbanizzazione da parte dell'amministrazione, mediante procedura ad evidenza pubblica;
2. una procedura, modellata sulla falsariga del project financing, in base alla quale il titolare del permesso a costruire assume veste di promotore, elabora la progettazione

preliminare delle opere di urbanizzazione, indice una gara sulla base di questa e, successivamente, ha facoltà di esercitare il diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario, corrispondendogli il valore del 3% dell'ammontare dell'appalto ed assumendo, in tal caso, il diritto ad eseguire dette opere.

Non risulta previsto nella norma, in base a quali criteri l'amministrazione possa optare per l'appalto pubblico direttamente da essa bandito ovvero per l'attuazione della predetta procedura fondata sul promotore. Nel silenzio normativo, sembra doversi ritenere che l'amministrazione sia soggetta ai principi generali che regolano l'azione amministrativa e possa, perciò, optare discrezionalmente per l'una o per l'altra forma, a seconda che le circostanze specifiche del caso facciano ritenere l'una o l'altra più conforme agli interessi perseguiti di celere realizzazione degli interventi.

Dal punto di vista procedurale, il privato, una volta acquisito il permesso a costruire (e sempre che ovviamente l'amministrazione, nello stesso, abbia deciso di avvalersi della procedura del promotore), entro 90 giorni dal rilascio di questo, deve presentare all'amministrazione la progettazione preliminare delle opere di urbanizzazione. Il predetto termine di 90 giorni non sembra avere carattere perentorio, sicché dalla sua inosservanza non deriva alcun automatico effetto decadenziale, ma naturalmente è salva la potestà dell'ente pubblico di mettere in mora il privato, ingiungendogli a pena di decadenza il rispetto di un termine ulteriore; infine, deve ritenersi consentito che l'amministrazione preveda l'automatica decadenza, nel caso di mancata presentazione della progettazione preliminare entro 90 giorni, per cui in tal caso tale termine assume carattere perentorio. In ogni caso di decadenza, l'amministrazione non ha altra via che procedere direttamente all'indizione di gara pubblica per l'appalto delle opere di urbanizzazione.

Pur nel silenzio della norma, è da ritenere che l'amministrazione debba approvare la progettazione preliminare ad essa presentata e, di conseguenza, possa eventualmente richiedere integrazioni o aggiustamenti alla stessa. Quanto alle modalità di gara, poiché la stessa è bandita sulla base della progettazione preliminare, è da ritenere che essa debba avere luogo, di massima, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel contesto del quale i concorrenti siano tenuti ad elaborare e presentare, unitamente agli altri elementi dell'offerta, la progettazione definitiva delle opere.

Lo svolgimento dell'intera procedura di gara, a partire dal bando e fino all'aggiudicazione, è attribuita alla competenza del promotore; non è detto se l'esito della gara sia soggetto all'approvazione dell'amministrazione, per cui è da ritenere che quest'ultima possa riservarsi, nel contesto del permesso a costruire o comunque in altro atto amministrativo, tale potere. Una volta conclusa la gara con l'aggiudicazione definitiva, il promotore può esercitare, entro 15 giorni dall'aggiudicazione (termine da ritenere perentorio, perché posto a garanzia della posizione dell'aggiudicatario), diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario, ma alla condizione che tale facoltà sia stata espressamente indicata nel bando di gara.

Ne consegue che, ove il diritto di prelazione non sia previsto nel bando ovvero pur essendo previsto il promotore non intenda esercitarlo, l'aggiudicatario eseguirà le opere con corrispettivo a carico del promotore titolare del permesso a costruire, con cui stipulerà il relativo contratto. Al contrario, qualora il promotore eserciti il diritto di prelazione, acquisisce il diritto ad eseguire direttamente le opere di urbanizzazione, ma in tal caso è tenuto a

corrispondere all'aggiudicatario il 3% del valore dell'appalto aggiudicato, e cioè al netto del ribasso formulato in sede di gara. In ogni caso, l'esecuzione delle opere di urbanizzazione, in quanto considerate dalla norma lavori pubblici ad ogni effetto, è soggetta ai controlli da parte dell'amministrazione, stabiliti dalla legislazione speciale, e comunque alla normativa sugli appalti pubblici che dovrà essere richiamata nel relativo atto contrattuale.

Non si può in questa sede disconoscere come la regolamentazione sopra esposta dia luogo a non pochi dubbi interpretativi, per cui è auspicabile che, nel termine dei due anni stabilito dalla legge n. 62/2005 per eventuali miglioramenti normativi al codice, si dia luogo ai necessari aggiustamenti, onde rendere la disciplina completa e precisa anche nei dettagli.

Per quanto riguarda, infine, le opere di urbanizzazione secondaria sotto soglia (per le quali, come si è visto sopra, il codice impone la procedura di gara mediante promotore) va segnalata la norma transitoria di cui all'art. 253, comma 8, secondo cui detta nuova procedura di gara non si applica alle opere di urbanizzazione secondaria relativamente alle quali i privati, titolari del permesso di costruire, abbiano già assunto nei confronti dell'amministrazione comunale, alla data di entrata in vigore del codice, e cioè alla data del 1° luglio 2006, l'obbligo di eseguire detti lavori direttamente a scapito degli oneri di urbanizzazione. In tal caso, dunque, il momento discriminante in ordine all'applicabilità della nuova disciplina è costituito non dalla convenzione tra Comune e privato, ma semplicemente dalla formalizzazione dell'obbligo di eseguire direttamente i lavori di urbanizzazione secondaria da parte di quest'ultimo.

### **3. Lavori in house**

Il codice non contiene alcuna disciplina specifica concernente il divieto o comunque la limitazione dei c.d. lavori in house, e cioè quei lavori che un'amministrazione appaltante affida direttamente ad una società esecutrice, della quale detiene il controllo azionario o comunque delle quote.

In questa sede, peraltro, occorre fare presente che detta lacuna legislativa, di fatto, viene colmata dai recenti principi giurisprudenziali comunitari secondo cui l'affidamento dei lavori senza gara a società controllata dall'ente appaltante è possibile soltanto allorché sussistano le seguenti tre condizioni:

1. che il capitale della società sia posseduto al 100% dall'ente aggiudicatore;
2. che l'ente aggiudicatore eserciti sulla società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi interni;
3. che la società realizzi la parte preponderante della propria attività con l'amministrazione aggiudicatrice da cui riceve in forma diretta i lavori.

Tale impostazione giurisprudenziale appare sostanzialmente condivisibile, ad eccezione della statuizione di cui al punto 3, che più coerentemente dovrebbe sancire che la società realizzi la propria attività esclusivamente nei confronti dell'amministrazione, da cui riceve l'appalto in forma diretta. Ciò perché consentendo, anche se in misura ridotta, alla società di assumere appalti da altri enti, di fatto, viene attuata un'alterazione indiretta della concorrenza, in ragione

del fatto che la società stessa acquisisce ed amplia i propri requisiti in modo automatico per effetto degli affidamenti diretti e poi se ne avvale nel contesto generale degli appalti, concorrendo ad altre gare. È auspicabile, perciò, che in sede di integrazione del codice venga introdotta la disciplina dei lavori in house, con la precisazione che, quanto alla condizione sub 3, la società affidataria debba realizzare la propria attività in via esclusiva nei confronti dell'ente appaltante.

Una fattispecie del tutto particolare, collegata al più generale tema dei lavori in house, è quella disciplinata dall'art. 32, comma 1 lettera c) e comma 3 del codice.

La prima di tali disposizioni sottopone alla disciplina del codice stesso le società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, secondo la definizione nei precedenti paragrafi delineata e di cui all'art. 3, comma 26, ma la cui attività realizza, in senso lato, beni non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza.

La norma, apparentemente poco rilevante, ha in realtà portata significativa, in quanto fa rientrare rigorosamente nell'ambito di applicabilità del codice anche soggetti che non sono organismi di diritto pubblico e che perciò, per esempio, non sono finanziati in modo maggioritario dallo Stato o da altri enti pubblici, purché realizzino attività non in regime di concorrenza.

Relativamente a tale tipologia di soggetti, il successivo comma 3 dell'art. 32 stabilisce una deroga, laddove prevede che essi non sono tenuti ad applicare il codice, allorché ricorrano tutta una serie di condizioni.

Innanzitutto, l'esenzione riguarda le società a scopo specifico, e perciò quelle il cui oggetto sociale sia specificamente circoscritto alla realizzazione di una particolare opera pubblica ovvero di ben individuati lavori di manutenzione. Da ciò discende che non potrebbe godere della deroga una società costituita per realizzare genericamente attività nel campo dei lavori pubblici o anche per realizzare più opere in un determinato ambito. In buona sostanza, l'oggetto sociale deve essere strettamente specifico.

In secondo luogo, la scelta del socio privato deve avvenire con procedure ad evidenza pubblica e la gara va circoscritta a soggetti muniti della qualificazione correlata alla tipologia ed entità dei lavori da realizzare. È però da notare che il socio privato non acquisisce in quanto tale il diritto di eseguire i lavori con la propria società, visto che il punto 3) del comma 3 della norma stabilisce che è la società a capitale pubblico a dover eseguire in via diretta l'opera in misura superiore al 70% del relativo importo. Per tale via, l'apporto del socio privato si attua sostanzialmente in termini di know how, ma è la società a capitale pubblico a dover possedere i requisiti per eseguire (o perché già operante nel settore ovvero a seguito di acquisizione di ramo di azienda di altra impresa ovvero di acquisizione di qualificazione ex novo).

Sui predetti presupposti, come si è visto, la società non deve appaltare a terzi ma può eseguire in via diretta l'opera con la propria organizzazione, attuando così una forma di realizzazione di lavori "in amministrazione diretta", senza limitazioni quantitative.



#### ***4. Divieto di concessioni di committenza. Eccezioni. Centrali di committenza***

Viene ribadito (art. 33, comma 3) il divieto per le amministrazioni di delegare le proprie funzioni di ente appaltante di lavori pubblici ad altri soggetti pubblici o privati. Pertanto, in linea di principio, ogni amministrazione deve procedere all'intera gestione dell'appalto di sua competenza (a partire dalla gara e fino al collaudo) con la propria organizzazione, che deve di conseguenza risultare adeguata all'attività da svolgere.

Tuttavia, viene sancita la possibilità di tre ordini di deroghe a tale divieto. Infatti, è stabilita la possibilità per le amministrazioni di stipulare apposite convenzioni, finalizzate all'affidamento delle funzioni di stazione appaltante, relativamente ad una o più opere, con i SIIT, con le amministrazioni provinciali, nonché con le centrali di committenza. Le prime due deroghe erano già contenute nella previgente legislazione (art. 19, comma 3 legge n. 109/1994); la terza invece ha carattere di novità ed è collegata alla generale ammissibilità delle centrali di committenza, previste all'art. 11 della direttiva 2004/18, che il nostro legislatore ha ritenuto di recepire, nonostante la norma comunitaria avesse carattere di norma a recepimento facoltativo.

Relativamente ai lavori, vengono a delinearsi così due forme di centrali di committenza: quelle istituzionalizzate e quelle scelte di volta in volta dall'amministrazione aggiudicatrice, che ritiene di delegare nel caso specifico le sue funzioni di stazione appaltante, sulla base di valutazioni di opportunità, che si ritiene debbano formare oggetto di specifica motivazione.

Per quanto riguarda le centrali di committenza istituzionalizzate, e cioè quelle istituite per espletare le funzioni di enti appaltanti di tutta una serie di amministrazioni aggiudicatrici, è da ritenere che esse debbano necessariamente essere istituite con provvedimento legislativo (statale o regionale).

Per quanto concerne le centrali di committenza del secondo tipo, si può ritenere che più soggetti pubblici, con propri atti deliberativi, possano dare luogo alla loro istituzione con facoltà di ricorrervi allorché ne abbiano l'esigenza.

Da notare che, in ogni caso, la centrale di committenza, secondo la definizione dell'art. 3, comma 34, deve essere una amministrazione aggiudicatrice, e cioè secondo la definizione dei precedenti commi 25 e 26, o un'amministrazione o un ente pubblico in senso stretto ovvero un organismo di diritto pubblico, e perciò anche una società finanziata in modo maggioritario da soggetti pubblici ovvero rispondente alle altre condizioni stabilite nel predetto comma 26.

#### ***5. Associazioni temporanee di imprese di tipo orizzontale***

Sotto il vigore della previgente legislazione, generalmente si riteneva che le Ati di tipo orizzontale potessero concorrere, non soltanto agli appalti per i quali veniva richiesta un'unica categoria, ma anche a quelli per i quali era richiesta una pluralità di categorie. In quest'ultimo caso, si riteneva che l'Ati orizzontale dovesse, nel suo complesso, soddisfare tutte le categorie e relativi importi richiesti. Conseguenza di ciò era che ad un appalto composto da più categorie potessero concorrere sia associazioni verticali, sia associazioni orizzontali, determinandosi per le prime l'effetto della solidarietà esclusivamente per la mandataria e per le seconde per tutte le associate.

L'art. 37, comma 1 ultima parte del codice stabilisce ora, in modo preciso, che per raggruppamento orizzontale si intende una riunione di concorrenti finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria. Da tale disposizione sembra desumersi che, d'ora in avanti, non è più consentito che Ati di tipo orizzontale concorrano ad appalti comprendenti non soltanto la categoria prevalente, ma anche categorie scorporate. In questa ipotesi, la partecipazione dovrebbe perciò ritenersi limitata alle Ati verticali, nelle quali la mandataria assume l'esecuzione della parte principale e le mandanti delle parti indicate come scorporate.

Tale impostazione appare, in linea di principio, condivisibile e sembra rispondere a logica e chiarezza, perché reintroduce una linea distintiva ben definita tra appalti che possono essere assunti da Ati orizzontali e appalti che possono essere assunti da Ati verticali.

## ***6. Divieti di partecipazione alle gare e controlli sui requisiti***

In tema di divieti di partecipazione alle gare, il codice contiene alcune significative innovazioni.

È ribadito il divieto di partecipazione alla stessa gara di soggetti che si trovino tra loro in una delle situazioni di controllo ex art. 2359 c.c.. In aggiunta a tale divieto, viene legislativamente recepito (art. 34, comma 2, parte 2°) il consolidato indirizzo giurisprudenziale, secondo cui non possono concorrere alle gare soggetti riconducibili ad un unico centro decisionale (stessi amministratori, stessa sede, elementi quali per esempio stesse modalità di formulazione delle offerte, tali da indurre a ritenere che provengano dallo stesso soggetto etc.).

La norma, molto opportunamente, specifica il criterio cui deve ispirarsi la stazione appaltante nell'assumere il provvedimento di esclusione, in quanto dispone che la riconducibilità ad un unico centro decisionale deve essere accertata dall'ente appaltante sulla base di "univoci elementi". Viene così stabilito un preciso limite alla discrezionalità dell'amministrazione, che può esercitare il potere di esclusione, solo allorché disponga di elementi significativi che non lascino margini di dubbio sul "collegamento sostanziale" tra i concorrenti.

Il nuovo codice, invece, non risolve (e in verità avrebbe potuto farlo agevolmente) il problema della partecipazione alla stessa gara del consorzio stabile e dei suoi consorziati. Permane in proposito una contraddizione normativa, visto che l'art. 36, comma 5 vieta la partecipazione alla stessa procedura di gara del consorzio e di tutti i suoi consorziati, mentre l'art. 37, comma 7, seconda parte, vieta la partecipazione esclusivamente ai consorziati, per i quali il consorzio concorre e che perciò eseguiranno i lavori. Sul punto, va ricordato un pregevole indirizzo giurisprudenziale (Cons. St. IV 4.2.2003 n. 560; TAR Sardegna, sez. I n. 1445 del 20.6.2005), che ritiene il divieto circoscritto soltanto ai consorziati per i quali il consorzio concorre, sulla base del principio di conservazione di cui all'art. 1367 c.c., per effetto del quale, ove il divieto non lo si intendesse circoscritto ai consorziati esecutori dei lavori, la disposizione che preclude soltanto a loro di concorrere di fatto non avrebbe alcun senso. Anche l'Autorità di vigilanza si è espressa in tal senso con determinazione n. 11 del 9.6.2004. Peraltro, sia la giurisprudenza, sia l'Autorità hanno posto, tra gli argomenti decisivi a sostegno della predetta tesi, il rilievo che la norma meno restrittiva (quella cioè che preclude la partecipazione soltanto alle imprese per cui il consorzio concorre) era stata introdotta nel contesto della legge n. 109/1994 successivamente a quella più restrittiva (infatti, quest'ultima era stata introdotta con la legge n. 216/1995 e l'altra

con la legge n. 415/1998). Questo importante argomento oggi risulta in qualche modo sminuito dalla circostanza che entrambe le disposizioni, tra loro contraddittorie, sono ribadite nell'ambito di un unico codice. Tale rilievo, ad avviso di questa associazione, impone cautela, in ragione del fatto che l'art. 36, comma 5 stabilisce perentoriamente una severa sanzione penale (turbativa d'asta) proprio in relazione alla contestuale partecipazione alla stessa gara del consorzio stabile e di tutti i suoi consorziati. Sul punto, non può che auspicarsi un chiarimento in sede di circolare da parte del Ministero ovvero di determinazione da parte dell'Autorità, che consenta certezza di comportamenti da parte degli operatori economici del settore.

Alcune significative innovazioni risultano introdotte, relativamente ai requisiti di ordine generale dei concorrenti e alla conseguente esclusione degli stessi dalla gara per effetto del mancato possesso di detti requisiti (art. 38).

Innanzitutto, va notato che i divieti vengono espressamente estesi anche ai subappaltatori, il che indurrebbe a ritenere che, all'atto della richiesta di autorizzazione, l'appaltatore debba fornire all'amministrazione dichiarazioni sostitutive del subappaltatore, circa l'assenza di tali cause di esclusione in capo al subappaltatore stesso e che l'amministrazione comunque abbia titolo per procedere alle verifiche, in ordine alla veridicità delle dichiarazioni (art. 38, comma 3).

Per quanto concerne le specifiche cause di esclusione, risultano introdotte le seguenti innovazioni:

1. dalle procedure concorsuali (fallimento, liquidazione coatta etc.), quali cause di esclusione, è stata eliminata l'amministrazione controllata. Tale modifica è pienamente condivisibile, considerato che finalità dell'amministrazione controllata è proprio il risanamento dell'impresa che si trovi in uno stato di temporanea difficoltà economica (e non di insolvenza generalizzata) e presuppone evidentemente la continuazione dell'esercizio dell'impresa, finalità queste che verrebbero totalmente vanificate ove venisse preclusa la possibilità di assumere ulteriori appalti;
2. per quanto concerne la causa di esclusione inerente la pendenza di un procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione ai sensi della legge n. 1423/1956, viene esplicitato (per quanto in via interpretativa generalmente si perveniva comunque a tale conclusione) che essa opera anche nei confronti del convivente della persona sottoposta al procedimento.
3. viene chiarito che costituiscono causa di esclusione anche i decreti penali di condanna divenuti irrevocabili. Inoltre, sia per quanto concerne questi ultimi, sia per quanto concerne le sentenze passate in giudicato, sia infine i patteggiamenti viene stabilito che essi debbano riguardare "reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale". Tale dizione normativa, rispetto al testo dell'art. 75 del D.P.R. n. 554/1999 introduce due nuovi elementi: innanzitutto, il reato deve avere carattere di gravità; in secondo luogo, deve trattarsi di reati che, in senso lato e atecnico, abbiano arrecato un danno allo Stato o alla Comunità europea. Resterebbero, perciò, fuori dalla portata della causa di esclusione quei reati che, ancorché gravi, abbiano determinato danni esclusivamente a persone fisiche. Viene chiarito che comunque costituiscono cause di esclusione tutti i reati di partecipazione ad organizzazioni criminali, nonché quelli di corruzione, frode e riciclaggio, secondo la definizione dell'art. 45 della direttiva 2004/18.

4. per quanto concerne la grave negligenza o la malafede nell'esecuzione del contratto, viene chiarito che queste, per assurgere a causa di esclusione, debbano essere oggetto di adeguata motivazione da parte della stazione appaltante, che perciò ha l'onere di assumere un provvedimento formale, nel quale dia conto dell'esistenza dell'inadempienza e della sua gravità. Inoltre, la formulazione complessiva della disposizione conferma che la causa di esclusione può essere fatta valere esclusivamente dalla stazione appaltante nei cui confronti ha avuto luogo l'inadempimento. La disposizione aggiunge, quale causa di esclusione, l'errore grave commesso nell'esercizio dell'attività professionale, senza specificare che questa può essere fatta valere esclusivamente da parte dell'ente appaltante nei cui confronti l'errore è commesso; la norma suscita qualche perplessità, considerato che la nozione di errore grave, concettualmente, rientra in quella più ampia ed onnicomprensiva di "grave negligenza". D'altra parte, sul piano logico, avrebbe poco senso trattare due fattispecie sostanzialmente analoghe (e cioè la grave negligenza e l'errore grave) in modo totalmente disomogeneo. Su tali presupposti, sembra potersi sostenere che l'intera fattispecie di cui all'art. 38 lettera f) concerne cause di esclusione, che possono essere fatte valere soltanto dall'ente appaltante nei cui confronti hanno avuto luogo i comportamenti in questione.
5. per quanto riguarda le violazioni concernenti i contributi previdenziali ed assistenziali, è stabilito che esse debbano essere "definitivamente accertate" (l'art. 75 lettera e) del D.P.R. n. 554/1999 stabiliva che esse dovessero essere "debitamente accertate"). La nuova formulazione induce a ritenere che, qualora venga instaurato contenzioso giurisdizionale, perché la causa di esclusione possa divenire operante, debba attendersi che la questione passi in giudicato.
6. vengono introdotte espressamente, quali cause di esclusione (ancorché non si dubitasse della loro rilevanza), sia la circostanza di non essere in regola con la normativa sui disabili di cui alla legge n. 68/1999, sia la circostanza di essere incorsi nella sanzione interdittiva, consistente nel divieto a contrattare con la pubblica amministrazione, per reati commessi da amministratori o dipendenti dell'impresa, ai sensi della legge n. 231/2001.

Relativamente a tutte le cause di esclusione, viene chiarito che il concorrente può attestare la loro assenza mediante dichiarazione sostitutiva, ai sensi del D.P.R. n. 445/2000.

Viene ribadito che le amministrazioni procedono d'ufficio per i concorrenti (è da ritenere con metodo a campione) agli accertamenti, in ordine alla veridicità delle dichiarazioni presentate, ai sensi degli artt. 43 e 71 del D.P.R. n. 445/2000; procedono sempre a tali accertamenti relativamente all'aggiudicatario. Per quanto concerne la regolarità contributiva dell'aggiudicatario, non ha luogo l'accertamento d'ufficio, in quanto quest'ultimo ha l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva (documento unico di regolarità contributiva).

L'articolo 48 conferma la disposizione di cui all'art. 10, comma 1 quater della legge n. 109/1994, circa la verifica nel corso del procedimento di gara, dei requisiti di capacità tecnico-economica, relativamente al 10% degli offerenti. È da osservare che la norma parla specificamente di "requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa" e questi, a seguito dell'entrata in vigore del sistema delle certificazioni SOA, vengono richiesti in occasione di ogni gara, in base agli artt. 3, comma 6 e 28 del D.P.R. n. 34/2000, soltanto per gli appalti superiori ad euro 20.658.276,00 (requisito del fatturato) e per gli appalti inferiori ad

euro 150.000 (lavori eseguiti, costo del personale e adeguata attrezzatura tecnica). Di conseguenza, la disposizione in argomento ha portata limitata, in quanto trova applicazione esclusivamente nei casi in cui l'amministrazione richiede, nella singola gara, specifici requisiti tecnici ed economici (così ad esempio, oltre che nei casi citati, anche in materia di beni culturali).

Assai approssimativa ed imprecisa risulta la formulazione dell'art. 51, che prevede l'ipotesi di cessione di azienda, trasformazione, fusione etc. da parte dei soggetti partecipanti alla gara e stabilisce che, in tal caso, essi sono comunque ammessi alla gara, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, che dei requisiti di ordine speciale. La norma ha un senso concreto e logico, soltanto se la si intende nel senso precedentemente delineato dall'art. 35, comma 4 della legge n. 109/1994, e cioè nel senso che, nelle more della voltura della certificazione SOA da parte del cedente al cessionario, quest'ultimo può concorrere alla gara, presentando l'atto notarile di cessione, affitto, fusione etc., nonché il certificato SOA del cedente e dimostrando i propri requisiti di ordine generale. Ne consegue che, laddove la disposizione fa riferimento all'esigenza di accertamento dei requisiti di ordine speciale, questo va riferito all'attestazione SOA della cedente, di fatto trasferito alla cessionaria.

## **7. Avvalimento**

Il codice, agli artt. 49 e 50, disciplina l'istituto dell'avvalimento nel nostro sistema normativo.

Prima di entrare nel dettaglio della normativa, va detto che con il rapporto di avvalimento si indicano le modalità con le quali un'impresa (impresa ausiliata) utilizza le capacità economico-finanziarie, tecnico-organizzative nonché di attestazione Soa di un'altra (impresa ausiliaria), al fine di soddisfare requisiti di qualificazione richiesti da un bando di gara, essendogli altrimenti preclusa la partecipazione.

In altri termini, il ricorso all'avvalimento consente ad un concorrente (singolo, raggruppato, consorziato) che intende partecipare ad una gara pubblica per l'affidamento di un lavoro, fornitura, servizio, di raggiungere l'importo del fatturato, la capacità tecnica, la necessaria attestazione Soa ecc. richiesti, che di per sé non avrebbe, utilizzando i requisiti necessari posseduti da imprese terze, non coinvolte direttamente nella procedura concorsuale.

Per quanto concerne la materia specifica dei lavori pubblici, si ritiene che debba escludersi che l'avvalimento possa riguardare uno qualsiasi dei requisiti necessari per l'attestazione SOA (esempio: costo per il personale, attrezzature etc.), poiché, vigendo appunto il sistema SOA, sono in ogni caso queste ad attestare a monte la capacità fino ad un certo limite e relativamente a certi lavori di un'impresa ad assumere appalti pubblici.

Si può, perciò, ritenere che, allorché l'avvalimento concerne l'attestazione Soa, l'avvalimento stesso determina la messa a disposizione dell'impresa ausiliata dell'intera azienda dell'impresa ausiliaria, intesa come il complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa (art. 2555 c.c.). In altri termini, l'impresa ausiliaria resta estranea alla conduzione ed esecuzione dei lavori ed assume l'impegno sia verso l'ausiliato che verso l'ente appaltante, di mettere a disposizione dell'appaltatore (impresa ausiliata) la sua azienda al fine di garantire la corretta esecuzione dei lavori.

Va, però, precisato che in materia di lavori pubblici esistono ipotesi (appalti di importo superiore a € 20.658.276, art. 3, comma 6 del D.P.R. n. 34/2000), nelle quali, oltre all'attestazione SOA, vengono richiesti specifici requisiti di carattere finanziario (nell'esempio fatto, il fatturato in lavori non inferiore a tre volte l'importo a base di gara, realizzato nel quinquennio antecedente il bando); in tal caso, l'avvalimento può riguardare anche soltanto tale requisito, con la conseguenza che l'avvalimento non determinerà la messa a disposizione dell'azienda, bensì della sola capacità finanziaria, in aderenza al disposto dell'art. 49, comma 2, lett. d), secondo cui l'avvalimento comporta la messa a disposizione dell'ausiliato soltanto delle "risorse necessarie", di cui è carente l'ausiliato stesso.

Nel recepire questo istituto comunitario, cui peraltro si può ricorrere tanto nell'ipotesi di gare di appalto di importo di rilevanza europea, che di quelle di rilevanza nazionale, il legislatore ha ritenuto opportuno porre alcuni paletti, al fine di evitare manovre elusive volte a turbare la gara, nonché a contrastare infiltrazioni mafiose ovvero la partecipazione di soggetti che, comunque, non potrebbero concorrere in proprio alle procedure di affidamento.

Vengono disciplinate due distinte forme di avvalimento: **la prima** è quella cui l'appaltatore può ricorrere in occasione della singola procedura di gara; **la seconda** è quella che forma oggetto di attestazione Soa, quella cioè con la quale è la Soa ad attestare l'esistenza dell'avvalimento tra l'impresa ausiliaria e l'impresa ausiliata per tutto il periodo di validità della attestazione Soa.

E' da notare che questa seconda forma di avvalimento dovrà essere disciplinata nelle sue modalità applicative dall'emanando regolamento di attuazione del codice (che sostituirà il D.P.R. n. 554/99 e 34/00) per cui fino all'entrata in vigore di quest'ultimo non potrà trovare applicazione.

Per quanto concerne l'avvalimento gara per gara, la disposizione di cui all'art. 49 prevede che l'impresa ausiliata, quando partecipa ad una gara per l'affidamento di un lavoro, oltre all'eventuale attestazione Soa propria e dell'impresa ausiliaria, deve allegare:

- a) una dichiarazione dell'impresa ausiliata con la quale questa, nel precisare che intende ricorrere all'istituto dell'avvalimento per qualificarsi su specifici requisiti di cui è carente, indica i requisiti oggetto di avvalimento e l'impresa ausiliaria che li mette a disposizione;
- b) una dichiarazione, rispettivamente, dell'impresa ausiliata e dell'impresa ausiliaria relativa al possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice;
- c) una dichiarazione dell'impresa ausiliaria che si obbliga, sia verso l'impresa ausiliata che verso la stazione appaltante, a mettere a disposizione della prima, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui essa è carente;
- d) una dichiarazione dell'impresa ausiliaria con cui essa attesta di non partecipare alla medesima gara, cui concorre l'impresa ausiliata, né singolarmente né in associazione con altre imprese, nonché l'assenza di una situazione di controllo, di cui all'art. 2359 cod. civ., con una delle altre imprese che partecipano alla gara;
- e) l'originale o copia autentica del contratto con cui l'impresa ausiliaria si impegna a mettere a disposizione del concorrente (impresa ausiliata) i requisiti e le risorse necessarie per tutta la

durata dell'appalto; in caso di avvalimento fatto a favore di un concorrente facente parte del gruppo cui partecipa anche l'impresa ausiliaria, in luogo del contratto l'impresa concorrente (impresa ausiliata) può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo.

La norma precisa, poi, che in caso di dichiarazioni mendaci fatte dal concorrente o dall'impresa ausiliaria, la stazione appaltante, oltre ad escludere dalla gara il concorrente, provvede ad escutere la garanzia (cauzione provvisoria) ed a trasmettere gli atti all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, affinché applichi le pene pecuniarie di cui all'art. 6, comma 11 del Codice.

In considerazione del ruolo determinante che assolve l'impresa ausiliaria nella qualificazione del concorrente ausiliato, il legislatore opportunamente ha previsto che entrambi siano responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante circa le prestazioni oggetto del contratto d'appalto.

Tale solidarietà, sotto il profilo dell'adempimento, determina l'obbligo per l'impresa ausiliaria di adempiere in prima persona alla realizzazione dell'opera unitamente all'impresa ausiliata; ciò si evince inequivocabilmente dalla previsione di cui al comma 4 dell'art. 49, che stabilisce espressamente l'estensione della solidarietà "in relazione alle prestazioni oggetto del contratto", e perciò in relazione all'adempimento dell'obbligazione principale consistente nell'esecuzione dell'opera; d'altra parte, sotto il profilo civilistico, la nozione di solidarietà implica sia la responsabilità nell'adempimento dell'obbligazione principale, sia la responsabilità risarcitoria nel caso di inadempimento.

Resta da esaminare l'ipotesi del tutto particolare, in cui l'impresa avvalsa mette a disposizione dell'avvalente soltanto requisiti di ordine finanziario (appalti di importo superiore ad euro 20.658.276). In tal caso, è discutibile se l'impresa ausiliaria sia responsabile dell'adempimento dell'obbligazione principale, e perciò possa eseguire direttamente l'opera nel caso di inerzia dell'impresa avvalente. È da ritenere preferibile la tesi affermativa per un doppio ordine di considerazioni: 1) in primo luogo, perché il 4° comma dell'art. 49, nel prevedere la solidarietà, non fa alcuna differenza tra l'ipotesi di avvilimento pieno e l'ipotesi di avvilimento dei soli requisiti finanziari; 2) in secondo luogo, perché sul piano pragmatico il soggetto responsabile in solido, onde non incorrere in responsabilità risarcitorie, deve essere messo in grado, ove ne abbia la capacità, di adempiere direttamente all'obbligazione principale.

La previsione della solidarietà nei termini ora descritti costituisce sicuramente, ad avviso dell'Ance, un valido deterrente per contrastare il rischio di un ricorso generalizzato all'istituto dell'avvalimento che, invece, dovrebbe rimanere circoscritto a casi specifici e, comunque, fra imprese unite da un solido rapporto di fiducia.

Al fine di contenere possibili infiltrazioni malavitose, nel settore dei contratti pubblici, attraverso l'avvalimento, si dispone poi che gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applichino anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara. Ciò significa che nei confronti del concorrente, divenuto aggiudicatario del lavoro, fornitura, servizio, come pure dell'impresa ausiliaria, che ha contribuito alla sua qualificazione, devono essere esperiti gli accertamenti (comunicazione, informazione antimafia) di cui al D.P.R. n. 252/98.

La normativa precisa che, in linea generale, il concorrente, per ciascun requisito o categoria, possa avvalersi di una sola impresa ausiliaria. Al riguardo, per quanto concerne i lavori è espressamente precisato che non è ammesso il cumulo fra attestazioni di qualificazione Soa relative ad una stessa categoria. Pertanto, qualora vi siano nell'appalto due categorie, l'impresa ausiliata può avvalersi di due imprese ausiliarie, ma ciascuna per la singola categoria; mentre non è ammesso il ricorso a due imprese ausiliarie entrambe per la medesima categoria.

Particolarmente significativa è la disposizione di cui al comma 7 che consente all'amministrazione di stabilire nel bando una misura percentuale minima di requisiti che l'impresa ausiliata deve possedere, con la conseguenza che l'avvalimento può riguardare l'integrazione dei requisiti non posseduti.

E' discutibile se tale disposizione si applichi anche alla qualificazione Soa, considerato che la norma parla unicamente di "requisiti tecnico-economici". Peraltro, alla questione sembra potersi dare risposta affermativa sia perché sul piano logico sostanziale non si comprenderebbe perché tale facoltà debba essere circoscritta soltanto ai requisiti specifici richiesti nei bandi di gara (perciò soltanto ai servizi e forniture) sia perché di fatto la qualificazione Soa si identifica con i requisiti tecnico-economici in quanto è l'attestazione dell'avvenuto accertamento da parte delle Soa del loro possesso. Ne consegue che rientra nella discrezionalità dell'amministrazione predeterminare nel bando di gara una soglia minima di qualificazione SOA, di cui l'impresa avvalente deve comunque essere in possesso (es.: nell'esecuzione di una diga, categoria OG 5, dell'importo di 100 milioni di euro, chiedere che l'impresa avvalente sia iscritta almeno per classifica VII, fino ad euro 15.493.797, dovendosi poi avvalere della qualificazione di altra impresa iscritta alla categoria OG 5 per importo illimitato). Naturalmente, la discrezionalità va esercitata coerentemente ai principi di logica, razionalità e proporzionalità del diritto amministrativo, per cui il requisito minimo richiesto all'impresa ausiliata non deve essere tale da snaturare l'istituto dell'avvalimento, nel senso che non deve avere entità eccessivamente elevata.

L'istituto dell'avvalimento, poiché concretamente determina la messa a disposizione, da parte dell'impresa ausiliaria, per un determinato periodo di tempo, della propria azienda, presenta alcune affinità con l'istituto dell'affitto dell'azienda.

Tuttavia, sul piano giuridico e sostanziale le differenze tra le due figure sono significative. Infatti con l'affitto un soggetto locatore, a fronte di un corrispettivo, mette a disposizione di altro soggetto l'intera sua azienda, intesa come il complesso di tutti i beni organizzati per l'esercizio dell'impresa (macchinari, maestranze etc.). In tal caso, il locatario subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda, compresi i contratti di lavoro, per tutta la durata dell'affitto (art. 2558, commi 1 e 3 cod. civ.).

Nell'avvalimento, invece, l'impresa ausiliaria può mettere a disposizione dell'impresa ausiliata anche soltanto alcuni requisiti (e non perciò l'intera azienda) ed, inoltre, i contratti da essa stipulati non si trasferiscono all'impresa ausiliata. Infine, mentre nell'affitto di azienda, il locatore non risponde solidalmente con il conduttore, nell'avvalimento, come si è visto, il dato caratterizzante è costituito proprio dalla responsabilità solidale che ha luogo *ipso iure*.



Quanto alla natura giuridica, l'avvalimento, può perciò essere configurato come una forma contrattuale nuova ed autonoma rispetto alle altre già codificate con le quali presenta solo marginali punti di contatto. Più in particolare, dall'art. 49 comma 2 lettere d) ed f) sembra evincersi che l'avvalimento sia configurabile come un contratto mediante il quale l'ausiliario si obbliga, sia verso l'avvalente, sia verso l'ente appaltante, a mettere a disposizione del primo i mezzi corrispondenti ai requisiti prestati, assumendo responsabilità solidale nei confronti dello stesso ente appaltante.

Problema di particolare delicatezza è quello degli effetti che può produrre sulla qualificazione acquisita attraverso l'avvalimento l'eventuale fallimento dell'impresa ausiliaria.

Al riguardo, si ritiene, in assenza di precise indicazioni del legislatore, che, in via analogica, possa considerarsi applicabile la previsione di cui all'art. 37, comma 19, del Codice, concernente il fallimento dell'impresa mandante in caso di un raggruppamento temporaneo. Pertanto, qualora l'impresa ausiliata abbia la qualificazione relativamente ai lavori ancora da eseguire, potrà proseguire nella loro realizzazione; in caso contrario dovrà perfezionare un nuovo avvalimento con altra impresa che assicuri i requisiti venuti meno per effetto del fallimento dell'ausiliaria.

La norma prevede, poi, che nell'ambito di una stessa gara non è consentito, a pena di esclusione, che più di un concorrente si avvalga della stessa impresa ausiliaria, come pure è precluso a quest'ultima di concorrere alla medesima gara cui partecipa l'impresa ausiliata. E' da ritenere che in tali ipotesi l'esclusione riguardi tutte le imprese ausiliate che si avvalgono della stessa impresa ausiliaria nonché l'impresa ausiliaria quando questa concorre in proprio.

Si tratta di una previsione opportuna perché è volta a prevenire possibili forme di condizionamento e turbativa della procedura di gara.

In caso di avvalimento, l'impresa ausiliaria non assume alcun rilievo nella fase esecutiva dei lavori, tant'è che il legislatore, al fine di fare chiarezza, ha puntualizzato che il contratto è eseguito unicamente dall'impresa ausiliata, che ha partecipato alla gara, cui verrà rilasciato il certificato di esecuzione, e che l'impresa ausiliaria non può assumere né il ruolo di appaltatore né quello di subappaltatore. Pertanto, ai fini delle successive qualificazioni Soa dell'appalto eseguito si gioverà solo e soltanto l'appaltatore, mentre a tali fini l'impresa ausiliaria non ne riceverà alcun beneficio.

Il codice degli appalti, all'art. 50, disciplina poi l'ipotesi di avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione specifici per l'esecuzione di lavori pubblici.

In altri termini, il legislatore, con tale disposizione, peraltro da integrare, come detto, con specifiche indicazioni che saranno fissate nel regolamento, ha inteso disciplinare la modalità con cui sarà possibile, per un'impresa ausiliata, applicando le procedure sottese all'istituto dell'avvalimento, conseguire l'attestazione Soa servendosi dei requisiti di un'impresa ausiliaria adeguatamente attestata Soa.

A tale proposito, la citata norma fornisce indicazioni che si possono così sintetizzare:

- a) tra l'impresa ausiliata e quella ausiliaria, che mette a disposizione della prima risorse oggetto di avvalimento, deve esistere un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 cod. civ. oppure entrambe le imprese devono essere controllate da una stessa impresa terza, ai sensi sempre dell'art. 2359 cod. civ.;
- b) l'impresa ausiliaria deve chiarire che si obbliga a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse oggetto di avvalimento per tutto il periodo di validità dell'attestazione Soa;
- c) tanto l'impresa ausiliaria quanto quella ausiliata hanno l'obbligo di comunicare alla Soa le circostanze che fanno venire meno la messa a disposizione delle necessarie risorse;
- d) l'impresa ausiliaria non può partecipare alla stessa gara cui partecipa l'impresa ausiliata come pure non può fungere da impresa ausiliaria di altro concorrente alla medesima gara. Entrambe le ipotesi sono previste a pena di esclusione.

Dalla disposizione si evince, pertanto, che in sede di qualificazione Soa l'avvalimento a più imprese da parte della stessa impresa ausiliaria è consentito, purché ricorra il predetto requisito del controllo e purché alla stessa gara non partecipino le imprese ausiliate nonché in proprio l'impresa ausiliaria.

La norma precisa, inoltre, che qualora l'impresa ausiliaria o l'impresa ausiliata non comunichino le circostanze che hanno fatto venire meno la messa a disposizione delle risorse, oppure abbiano fatto, al riguardo, comunicazioni non veritiere, scatta, oltre ad una sanzione economica secondo quanto previsto all'art. 6, comma 11 del Codice, anche la sospensione, da parte dell'Autorità, dell'attestazione Soa, sia dell'impresa ausiliata che di quella ausiliaria, per un periodo da 6 mesi a 3 anni.

In caso di attestazione Soa ottenuta mediante avvalimento, in analogia con quanto già previsto nell'ipotesi di avvalimento in relazione ad una specifica gara (art. 49), l'impresa ausiliaria è responsabile in solido con l'impresa ausiliata nei riguardi della stazione appaltante.

### ***8. Oggetto del contratto. Attività progettuale da parte delle imprese***

Nel definire il possibile oggetto del contratto, l'articolo 53 comma 2 prevede tre tipologie:

- a. contratti che hanno ad oggetto soltanto l'esecuzione dei lavori. Si tratta, in tal caso, di contratti cui si perviene attraverso una progettazione esecutiva già elaborata in sede di gara. Tale elaborazione ha luogo ad opera dell'amministrazione, che pone appunto a base di gara la progettazione esecutiva, richiedendo ai concorrenti esclusivamente offerte economiche ovvero offerte economiche ed eventuali altri elementi.
- b. contratti che hanno ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori. In tal caso, l'amministrazione mette a base di gara il proprio progetto definitivo, aggiudica sulla base dell'offerta economica ed eventualmente di altri elementi, sicché il contraente aggiudicatario resta obbligato, prima dell'esecuzione dei lavori, ad elaborare la progettazione esecutiva soggetta all'approvazione dell'amministrazione (nella terminologia tradizionale c.d. appalto integrato).

- c. contratti che hanno ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, ma previa acquisizione in sede di gara del progetto definitivo da parte di tutti i concorrenti, elaborato sulla base del progetto preliminare dell'amministrazione. In tal caso, si ha una particolare forma di quello che, nella terminologia tradizionale, veniva definito "appalto concorso", in quanto il confronto tra i concorrenti ha luogo, non soltanto sulla base delle loro offerte economiche, ma anche e soprattutto sulla base dell'elaborazione da parte loro della progettazione definitiva.

Nei casi di cui sub b) e c) (nei quali l'aggiudicatario deve redigere, prima dell'esecuzione dei lavori, la progettazione esecutiva), l'ammontare delle spese di tale progettazione è ricompreso nell'importo a base di gara, deve essere indicato nel bando e non è soggetto a ribasso d'asta.

La tripartizione di cui sopra, operata dalla norma, pone un duplice ordine di problemi:

1. se è consentito che l'amministrazione richieda a tutti i concorrenti in sede di gara l'elaborazione sia della progettazione definitiva, sia della progettazione esecutiva, in modo da mettere a confronto in maniera globale la capacità progettuale dei concorrenti e da ottenere, conformemente ai principi civilistici, un oggetto contrattuale *ab initio* determinato in ogni particolare. Al quesito si ritiene debba darsi risposta affermativa, vuoi per il carattere non rigidamente preclusivo dell'art. 53, vuoi perché non si comprende per quale valida, sostanziale motivazione logica l'amministrazione dovrebbe essere privata di uno strumento, storicamente consolidato nella sua prassi e che d'altra parte risponde pienamente ad esigenze di certezza ed economicità amministrative. D'altra parte, la legge n. 109/1994 all'art. 20 prevedeva l'appalto concorso classico, quello cioè nel quale i concorrenti elaboravano, sulla base del preliminare, l'intera progettazione dell'opera; di conseguenza, anche considerati i limiti della delega al Governo nella elaborazione del codice, è da ritenere escluso il potere di questo di stravolgere in radice una così delicata materia.
2. se è consentito che l'amministrazione, che dispone del progetto definitivo richieda a tutti i concorrenti, in sede di gara, l'elaborazione dell'esecutivo, ottenendo così sostanzialmente gli stessi vantaggi, di cui al precedente punto 1. Anche a tale questione sembra potersi dare risposta affermativa, per le considerazioni prima sviluppate. D'altra parte, la formulazione dell'art. 53 non sembra avere carattere tassativo e preclusivo ed inoltre la direttiva 2004/18 all'art. 1 lettera b) prevede l'ipotesi generica degli appalti che abbiano ad oggetto congiuntamente la progettazione e l'esecuzione, rimettendo così alla discrezionalità dell'amministrazione la facoltà di scegliere la forma più idonea a perseguire le sue finalità.

Relativamente a tutti i casi in cui si richiede ai privati attività di progettazione, si condivide pienamente la scelta legislativa della loro sostanziale liberalizzazione, proprio per la finalità di consentire in modo ampio alle amministrazioni di avvalersi dell'apporto progettuale degli esecutori dei lavori.

Infatti, come si ricorderà, nel sistema della Legge Merloni (in particolare artt. 19 e 20) tali forme di appalto erano circoscritte a casi specifici ed in particolare ai lavori con elevata componente impiantistica e tecnologica.

Nell'ambito dell'art. 53 del nuovo Codice, tale restrizione risulta eliminata e sostituita dal più blando onere per l'amministrazione di motivare, nella delibera a contrattare, le ragioni del ricorso alle tipologie di appalto in argomento, in rapporto alle esigenze tecniche, organizzative ed economiche del caso specifico.

Come si vede, quindi, l'amministrazione ha sì l'obbligo di motivare, ma, laddove ricorrano particolari esigenze, può adottare il metodo del "progettare ed eseguire" per qualsiasi tipologia di opere, purché sussistano ragionevoli motivazioni di ordine tecnico-economico.

Significativa è poi la disposizione di cui all'art. 53, comma 3, secondo cui in tutti i casi in cui vi è attività di progettazione, da parte delle imprese, queste devono possedere gli stessi requisiti che il codice prescrive per i progettisti, allorché partecipano a gare per assumere incarichi di progettazione. In alternativa al possesso di tali requisiti, che devono essere indicati nel bando, in base alle norme del capo IV, titolo I, parte II, è consentito che le imprese si riuniscano in raggruppamento ovvero si avvalgano di progettisti da indicare nell'offerta, in possesso dei requisiti richiesti.

### **9. Liberalizzazione della scelta tra appalti a corpo e a misura**

A differenza di quanto faceva la legge n. 109/1994, che decisamente privilegiava ed indirizzava l'azione delle pubbliche amministrazioni verso la scelta dell'appalto a corpo, il codice delinea un'ampia sfera di discrezionalità dell'ente appaltante nello scegliere l'una o l'altra forma in base alle proprie esigenze. Di fatto, perciò, la scelta viene totalmente liberalizzata, in quanto non ancorata a rigidi criteri predeterminati.

La disposizione del codice (art. 53, comma 4) poi enuncia le definizioni di appalto a corpo e a misura, ricalcando pedissequamente quelle tradizionali. Nell'appalto a misura il computo metrico estimativo a base del progetto, e perciò il prezzo di appalto, ha mero carattere presuntivo, in quanto il prezzo definitivo potrà variare a consuntivo, in base alle effettive misurazioni, e perciò in base alle quantità effettivamente occorse.

Relativamente agli appalti a corpo, invece, il prezzo pattuito non può essere modificato, e perciò si prescinde dalle quantità effettivamente occorse, ma naturalmente sempre che non vengano apportate variazioni rispetto ai disegni di progetto, perché in tal caso, ove l'appaltatore esegua maggiori lavorazioni necessarie, in base all'art. 1661 c.c., ha diritto al maggior corrispettivo.

Sempre con riguardo agli appalti a corpo, la disposizione del codice può dare luogo ad equivoci, laddove afferma che il prezzo convenuto non può essere modificato, sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione. Il riferimento alla quantità, nei termini di cui sopra, appare sicuramente corretto; il riferimento alla qualità, invece, non può che essere inteso nel senso che la prestazione debba risultare idonea a conseguire il risultato di progetto (esempio: una componente impiantistica idonea al funzionamento dell'impianto), non potendosi ritenere che l'amministrazione possa *ad libitum* richiedere uno standard di qualità maggiore di quello ragionevolmente desumibile dalle indicazioni progettuali.

## **10. Procedure di gara**

Il codice abbandona le definizioni tradizionali di pubblico incanto, licitazione privata, appalto concorso, trattativa privata e le sostituisce, recependo *in toto* le corrispondenti definizioni comunitarie, per cui vengono a delinearsi quattro tipi di procedure:

- a. procedure aperte;
- b. procedure ristrette;
- c. procedure negoziate, con o senza pubblicazione del bando;
- d. dialogo competitivo.

A tali procedure va aggiunta una forma particolare, costituita dagli accordi quadro (art. 59), che può aver luogo con procedura aperta o ristretta, a seconda delle esigenze dell'amministrazione.

## **11. Procedure aperte e ristrette**

In base alla definizione di cui all'art. 3, commi 37 e 38, sono procedure aperte quelle nelle quali, a seguito della pubblicazione del bando, qualsiasi impresa in possesso dei requisiti prescritti può presentare offerta; sono invece procedure ristrette quelle nelle quali le imprese con apposita domanda di partecipazione chiedono di partecipare, ma possono presentare offerta soltanto quelle invitate dall'amministrazione. Come tra breve si vedrà, tale definizione di procedura ristretta deve essere opportunamente intesa sulla base della disciplina che il codice stesso detta al riguardo.

Intanto, occorre sottolineare che l'amministrazione ha ampia discrezionalità nello scegliere la procedura aperta o quella ristretta, anche se esiste una disposizione di indirizzo (art. 55, comma 2) che, in un certo senso, consiglia agli enti appaltanti di adottare le procedure ristrette soltanto nei casi in cui l'appalto ha ad oggetto attività progettuale dopo l'aggiudicazione ovvero quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa; nei casi cioè in cui sussiste una pluralità di elementi da valutare in sede di gara, tra cui generalmente vi è anche la progettazione definitiva (ed eventualmente esecutiva) da parte dei concorrenti.

Nonostante la definizione di procedura ristretta prima ricordata, l'art. 55, comma 6 stabilisce che a questa debbono essere invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti stabiliti dal bando; pertanto, sul piano pratico, la procedura ristretta diviene totalmente assimilabile alla procedura aperta, salvo che per la pluralità di fasi procedurali (domanda di partecipazione ed inviti).

Peraltro, la norma fa salvo quanto stabilito all'art. 62, il quale dispone alcune modalità del tutto particolari in ordine al numero dei concorrenti da invitare. È detto, infatti, che nelle procedure ristrette relative a lavori di importo pari o superiore a 40 milioni di euro, nonché nelle procedure negoziate con pubblicazione del bando e nel dialogo competitivo relativi ad appalti di qualsiasi valore, le amministrazioni possono (e perciò hanno facoltà e non obbligo) indicare il numero minimo ed eventualmente anche il numero massimo dei concorrenti, che selezioneranno sulla base di criteri oggettivi predeterminati. Nelle procedure ristrette, il numero minimo non può essere inferiore a 20; nelle procedure negoziate e nel dialogo competitivo, il numero minimo non può essere inferiore a 6.

Come si vede, in materia di procedure ristrette di lavori pubblici, la facoltà di restringere la concorrenza con previsione della c.d. forcilla risulta assai circoscritta, in quanto:

- a. tale meccanismo è applicabile soltanto ad appalti pari o superiori a 40 milioni di euro;
- b. il numero minimo dei concorrenti da invitare non può essere inferiore a venti.

Allorché l'amministrazione ricorra alla forcilla, stabilendo il numero massimo dei concorrenti che inviterà, è tenuta a prevedere e indicare nel bando di gara i criteri oggettivi sulla base dei quali selezionerà i concorrenti da invitare, ove le domande di partecipazione risultino in numero superiore a quello massimo predeterminato.

Pertanto, qualora il numero degli aspiranti concorrenti, selezionati sulla base dei criteri oggettivi predeterminati, risulti inferiore al numero prestabilito (venti o sei), le amministrazioni hanno facoltà di proseguire la procedura, invitando i concorrenti a presentare offerte, ovvero di ritenerla esaurita, ripetendola con previsione di requisiti e criteri meno selettivi.

Quanto al momento della presentazione delle offerte, qualora il bando nulla dica (art. 55, comma 4) in ordine al numero minimo delle offerte necessarie a consentire la conclusione della procedura, si procede ad aggiudicazione anche ove sia pervenuta una sola offerta valida. In tal caso, però, resta ferma la possibilità per l'amministrazione di non procedere ad aggiudicazione, con provvedimento motivato che rilevi la non convenienza o inidoneità dell'offerta (art. 81, comma 3). È, peraltro, data facoltà alle amministrazioni di prevedere nel bando che non si procederà ad aggiudicazione nel caso di una sola offerta valida ovvero anche nel caso di due sole offerte valide. In questa ipotesi il procedimento non ha alcuna prosecuzione e va senz'altro ripetuto.

## ***12. Procedure negoziate***

L'impostazione dell'art. 24 della legge n. 109/1994, per la verità assai angusta, viene totalmente sovvertita, poiché agli articoli 56 e 57 del codice risultano recepite totalmente le disposizioni comunitarie che ammettono la procedura negoziata in tutta una serie di ipotesi che, se applicate con rigore ed in presenza di tutti i presupposti in esse stabiliti, possono risultare di notevole utilità nel settore degli appalti pubblici.

Vengono previste due forme di procedura negoziata, e cioè quelle con previa pubblicazione di un bando e quelle senza pubblicazione di un bando.

Le prime sono possibili in tre casi, e cioè:

- a. quando, in una prima gara, siano state presentate offerte tutte irregolari o inammissibili. Tale ipotesi si applica però soltanto ai lavori di importo inferiore ad un milione di euro;
- b. in casi eccezionali, quando non risulta possibile la preliminare determinazione dei prezzi da porre a base di appalto;
- c. relativamente ai lavori da realizzare a scopo di ricerca.

Le stazioni appaltanti richiedono la presentazione di offerte concernenti gli elementi che ritengono opportuni (e perciò soltanto il ribasso ovvero questo unitamente ad altri elementi) e,

successivamente all'esito di questa prima fase, aprono una fase di negoziazione con tutti gli offerenti, onde ottenere eventuali migliorie economiche ed eventualmente migliorie concernenti anche altri aspetti del rapporto (ad esempio, diminuzione del termine di esecuzione o modalità esecutive particolari etc.).

È data la possibilità alle amministrazioni di prevedere, nel bando di gara o nel capitolato speciale, che la prima parte della procedura si svolga per fasi successive, finalizzate alla riduzione del numero dei concorrenti con cui attuare la negoziazione definitiva. Ciò sta a significare che, per esempio, l'amministrazione può articolare la prima parte della procedura in due fasi, ammettendo alla seconda soltanto i due o tre concorrenti che si siano meglio classificati nella prima. Successivamente, darà luogo soltanto con questi alla negoziazione finale, nel contesto della quale richiederà miglioramenti alle offerte già presentate.

Sia nel caso di negoziazione con tutti gli offerenti, sia nel caso ora detto di negoziazione soltanto con quelli selezionati, se il criterio adottato è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è da ritenere che l'amministrazione possa affinare i criteri indicati nel bando, onde richiedere ai concorrenti elementi specifici più appropriati in relazione alle particolarità tecnico-economiche delle offerte.

Per quanto concerne le procedure negoziate senza pubblicazione del bando di gara, l'amministrazione può procedervi a seguito di provvedimento che, con adeguata motivazione, dia conto della sussistenza di tutti i presupposti giuridici e di fatto per ricorrervi, nei seguenti casi:

- a. un primo esperimento di gara andato deserto; in tal caso, nella procedura negoziata non possono essere sostanzialmente modificate le condizioni di gara del primo esperimento. Inoltre, la fattispecie è applicabile esclusivamente ad appalti di importo inferiore ad un milione di euro;
- b. qualora sussistano ragioni di natura tecnica, per cui l'appalto può essere affidato soltanto ad una determinata impresa;
- c. nei casi di estrema urgenza, quando ricorrono tre condizioni, e cioè: 1) l'urgenza stessa derivi da eventi imprevedibili; 2) non sia compatibile con i termini necessari ad espletare una normale procedura di gara; 3) l'urgenza non sia riconducibile a colpe o negligenze dell'ente appaltante.
- d. lavori complementari divenuti necessari all'esecuzione dell'opera per effetto di una circostanza imprevista, purché il loro valore non superi il 50% del valore del contratto iniziale. È da ritenere che, per lavori complementari, si intendano i lavori aventi natura extra-contrattuale, e cioè quelli che di fatto costituiscono opere ulteriori rispetto a quelle originariamente previste in contratto (es., un ulteriore tratto di galleria ovvero un ulteriore svincolo stradale), ma che sono divenuti indispensabili per la completezza tecnica e funzionale dell'opera nel suo complesso considerata (nell'esempio fatto, la galleria non risulterebbe funzionale senza una diramazione ulteriore o, analogamente, la strada non risulterebbe funzionale, senza l'ulteriore svincolo). Il chiarimento ora fatto è rilevante per distinguere tale ipotesi da quella delle maggiori opere necessarie, aventi carattere contrattuale (es., maggiori consolidamenti per realizzare il tratto di galleria originariamente previsto ovvero maggiori fondazioni per realizzare la strada originariamente prevista). In tal caso, si ricade nell'istituto della variante in corso d'opera, trattandosi di maggiori

lavorazioni necessarie a realizzare l'oggetto contrattuale originariamente previsto, e perciò a tale specifica disciplina dovrà farsi riferimento;

- e. lavori simili a quelli oggetto dell'appalto originario, ove ricorrano tre condizioni: 1) che tale possibilità sia stata prevista nel bando; 2) che la procedura negoziata avvenga nei tre anni successivi alla stipula del primo contratto; 3) che i lavori simili risultino indicati in un progetto base, posto a fondamento del primo esperimento di gara.

Relativamente a tutte e cinque le dette ipotesi, è stabilito che, qualora risulti possibile, l'ente appaltante individua, tramite informazioni di mercato, almeno tre soggetti idonei da invitare alla negoziazione. Vi è da notare che tale prescrizione ha carattere soltanto eventuale ("ove possibile"), cioè in quanto in alcuni casi la negoziazione è di fatto ad esecutore determinato, come nel caso dei lavori complementari o della ripetizione di opere simili, mentre in altri casi l'amministrazione deve valutarne la concreta possibilità, potendosi per esempio verificare che l'esigenza di tutelare l'incolumità pubblica abbia un'urgenza tale da non consentire neppure la negoziazione con tre imprese ovvero che sussistano ragioni di natura tecnica talmente rilevanti (es., un'opera imprevista da eseguire all'interno della stessa sezione di scavo) per le quali l'affidamento debba necessariamente avvenire ad opera dell'originario esecutore.

Nei casi in cui non si tratti di affidamento ad esecutore determinato, l'amministrazione sceglie almeno tre imprese in possesso della qualificazione richiesta, sulla base delle informazioni di cui dispone circa i soggetti operanti nel mercato; è però stabilito che debba essere rispettato il criterio della rotazione, in base al quale in ipotesi di procedure negoziate successive l'amministrazione ha il dovere di individuare soggetti diversi rispetto a quelli invitati alla negoziazione dell'appalto precedente. Una volta individuati i tre (o più) soggetti, questi vengono invitati a presentare offerta sugli elementi ritenuti opportuni (prezzo ovvero anche altri elementi) e successivamente si apre la negoziazione nel contesto della quale l'amministrazione richiede tutti gli ulteriori miglioramenti ritenuti utili per l'affidamento dell'appalto).

### ***13. Il dialogo competitivo***

La disciplina in tema di "dialogo competitivo" costituisce uno degli aspetti maggiormente innovativi del codice (art. 58).

La caratteristica principale di tale nuova procedura consiste nel coinvolgimento delle imprese in settori caratterizzati da una particolare complessità, rispetto ai quali le amministrazioni non sono in grado di formulare con precisione, al momento della pubblicazione del bando, i termini dell'appalto, né di conoscere le soluzioni tecnico-finanziarie che il mercato è potenzialmente in grado di offrire.

La nozione di dialogo competitivo è data dall'art. 1, par. 11, lettera c) della direttiva 2004/18 recepito dall'art. 3, comma 39 del Codice, laddove viene definito come "una procedura nella quale la stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi, avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte; a tale procedura qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare".



Il dialogo competitivo, pertanto, è una forma di gara autonoma, contraddistinta da una più marcata flessibilità rispetto alle altre procedure di affidamento, attesa la possibilità per l'amministrazione di svolgere un ruolo attivo, finalizzato ad indirizzare i concorrenti, attraverso fasi successive, verso le soluzioni più adatte a soddisfare le proprie necessità.

In linea con la disciplina comunitaria, il legislatore del codice ha attribuito a tale forma di affidamento un carattere del tutto eccezionale e residuale; ciò in quanto la regola generale è che l'amministrazione dovrebbe essere sempre in condizione di valutare appieno il modo di realizzare il pubblico interesse, procedendo allo studio di fattibilità ed eventualmente alle successive fasi di progettazione.

Il presupposto fondamentale per dare luogo al dialogo competitivo, oltre a quello di ritenere che l'esperimento di una normale procedura di gara sarebbe infruttuoso ai fini dell'aggiudicazione, consiste nella necessità di affidare un appalto particolarmente complesso.

Tale condizione si verifica in due ipotesi alternative, e cioè quando la stazione appaltante (art. 58, comma 2):

- 1) non è oggettivamente in grado di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi,
- 2) non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto (appalto o concessione).

Il legislatore del codice – con ciò integrando la disciplina comunitaria – identifica come “particolarmente complessi” quegli appalti per i quali l'amministrazione “non dispone, per fatti oggettivi, ad essa non imputabili, di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni o all'individuazione dei mezzi strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, alle caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e all'analisi dello stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, nonché sulle componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche” (art. 58, comma 2, ult. per.)

In buona sostanza, dunque, tale forma di gara è attuabile nei casi in cui l'amministrazione non disponga e non sia in condizione di predisporre neppure lo studio di fattibilità dell'opera.

Peraltro, occorre evidenziare che l'assenza degli studi e la connessa impossibilità di attuarli devono avere carattere oggettivo, non potendo ricondursi a carenze od inadempienze dell'amministrazione; soltanto in presenza di tali presupposti, è ammesso il ricorso al dialogo competitivo.

Tale impostazione di fatto circoscrive la possibilità di utilizzare il dialogo competitivo ad ipotesi ad elevatissima complessità, per le quali l'apporto creativo e progettuale dei concorrenti risulta indispensabile fin dalla fase ideativa dell'intervento.

Lo stesso art. 58 stabilisce che la delibera a contrattare dell'amministrazione deve contenere una specifica motivazione che dia conto della sussistenza, nel caso specifico, dei predetti

requisiti; e ciò costituisce un significativo strumento di controllo in ordine alla legittimità e razionalità delle scelte dell'amministrazione.

L'unico criterio di aggiudicazione previsto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 58, comma 4).

In sintesi, la procedura in esame si articola in tre momenti fondamentali:

**a) la fase introduttiva: la selezione dei candidati**

In fase di avvio della procedura, le amministrazioni aggiudicatrici pubblicano il bando di gara – eventualmente accompagnato da un documento descrittivo – in cui descrivono le proprie necessità ed obiettivi ed indicano i requisiti di ammissibilità che i concorrenti devono possedere per la partecipazione al dialogo stesso. Successivamente, selezionano i candidati sulla base dei predetti requisiti.

A ben vedere, suscita talune perplessità il fatto che l'amministrazione debba indicare nel bando il livello dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari dei candidati da invitare al dialogo, considerato che, in questa prima fase, manca qualsivoglia progettazione di riferimento.

Deve perciò realisticamente ritenersi che l'amministrazione altro non possa fare che commisurare detti requisiti di ammissibilità agli obiettivi che si ripropone di realizzare e di cui, in questa prima fase, non può che avere una visione di larga massima.

Il bando o il documento descrittivo devono altresì indicare i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83 del codice stesso, nonché il termine per la presentazione della domanda di partecipazione. Da notare che l'elencazione dell'art. 83 ha carattere esemplificativo, per cui l'amministrazione potrebbe, a sua discrezione, indicare anche elementi non espressamente previsti dalla predetta norma, ma che risultino necessari ai fini del dialogo.

Occorre ancora precisare che i suddetti criteri di valutazione non sono immutabili, visto che, nel momento che precede la presentazione delle offerte [successiva fase sub c)], le stazioni appaltanti possono sempre precisarli in relazione alle peculiarità della soluzione o delle soluzioni individuate in esito alla fase del dialogo, semprechè ciò non comporti una violazione del principio di concorrenza e non discriminazione (art. 58, comma 13).

**b) la fase centrale: il c.d. “dialogo”**

Concluse le operazioni volte alla selezione dei candidati, le amministrazioni avviano con gli stessi un “dialogo”, finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità.

E' questa la fase che caratterizza l'intera procedura in esame.

In questo contesto, la prima esigenza garantita è quella relativa alla riservatezza circa le soluzioni fornite dai partecipanti al dialogo.

A tal fine, viene quindi previsto che, durante il dialogo, le stazioni appaltanti non possano rivelare agli altri concorrenti le soluzioni proposte, né altre informazioni riservate comunicate dagli stessi, salvo aver acquisito il loro previo consenso (art. 58 comma 8).

Il dialogo perciò, di regola, ha luogo non in forma collettiva, bensì in forma individuale e riservata, e cioè con ciascuno dei concorrenti, senza il concorso o la concorrenza degli altri.

Inoltre, onde garantire la parità di trattamento, è fatto divieto agli enti committenti di fornire, in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni partecipanti rispetto ad altri.

Espressione della flessibilità tipica della procedura in esame è senz'altro la disposizione che ne consente lo svolgimento per sub-fasi successive, in modo tale che le amministrazioni, applicando i criteri di aggiudicazione precisati nel bando di gara o nel documento descrittivo, possano gradualmente ridurre il numero di soluzioni da discutere; tale modalità procedurale, tuttavia, deve essere sempre indicata nel bando di gara e nel documento descrittivo (art. 59, comma 9).

Per quanto concerne l'unicità o la pluralità di sub-fasi in cui può essere articolato il dialogo, si può ritenere che anche in tal caso l'amministrazione abbia ampio margine di discrezionalità nell'assumere tale decisione. In proposito, considerato che la pluralità di fasi è indirizzata a ridurre il numero delle soluzioni, si può ritenere che l'amministrazione possa stabilire nel bando che il dialogo avvenga in un'unica fase qualora il numero di partecipanti sia inferiore ad un numero predeterminato; ed in più sub-fasi, ove invece sia superiore al predetto numero.

Il dialogo prosegue finché le stazioni appaltanti non sono in grado di individuare, se del caso dopo averle confrontate, la soluzione o le soluzioni che possano soddisfare le proprie necessità o obiettivi.

A tale proposito, il primo spunto problematico da affrontare attiene all'individuazione della nozione di "soluzione", non definita in alcun modo dal Codice.

In merito, è il bando – o il documento descrittivo ad esso allegato – a dover fornire le indicazioni in tal senso, dal momento che l'amministrazione gode di un buon margine di flessibilità nello stabilire il grado di definizione da richiedere ai concorrenti.

Si può comunque ritenere che, nell'ambito del dialogo, l'amministrazione abbia più opzioni alternative e cioè:

- a) chiedere una semplice idea, corredata da uno studio di fattibilità;
- b) richiedere anche la progettazione preliminare;
- c) richiedere la progettazione ad un livello superiore a quello preliminare.

Il codice dà facoltà di concludere questa fase con la scelta di una o più soluzioni da porre a base della successiva gara, anche se, come si vedrà, la regola dovrebbe consistere nella scelta di un'unica soluzione, per evidenti ragioni di omogeneità del confronto della fase successiva.

Problema particolare è poi quello di stabilire se l'amministrazione possa prevedere nel bando che, a conclusione della fase del dialogo, assumerà e porrà a base della successiva gara un'unica soluzione risultante però dalla fusione di elementi di più soluzioni.

A ciò sembra potersi dare risposta affermativa perché, una volta che tale possibilità sia stata prevista nel bando, e perciò resa pubblica, essa appare pienamente valida sia dal punto di vista civilistico, in quanto accettata con la partecipazione, sia dal punto di vista amministrativo, in quanto finalizzata al perseguimento del pubblico interesse alla migliore realizzazione dell'opera.

Va anche detto che la fase del dialogo può concludersi senza l'ottenimento di una soluzione effettivamente rispondente alle necessità indicate dall'amministrazione (art. 58, comma 11).

Per tale eventualità – peraltro non disciplinata dalla direttiva n. 2004/18 - il legislatore del codice ha previsto che le stazioni appaltanti sono esonerate da qualsivoglia responsabilità, ed hanno unicamente l'obbligo di informare tempestivamente i partecipanti circa le motivazioni a sostegno della scelta di non proseguire la procedura; ai concorrenti, peraltro, non spetta alcuna forma di indennizzo o risarcimento, fatta salva l'ipotesi in cui il bando abbia previsto premi od incentivi per la partecipazione alla procedura stessa.

### **c) la fase finale: l'aggiudicazione**

Dopo aver dichiarato concluso il dialogo, le stazioni appaltanti invitano i candidati a presentare le loro offerte finali in base alla o alle soluzioni prescelte nella fase del dialogo stesso.

Al riguardo, occorre anzitutto chiarire quali sono i soggetti che debbono essere invitati a presentare l'offerta.

Ora, dalla lettura del comma 12 dell'art. 58 sembra evincersi che debbono essere invitati a presentare l'offerta tutti gli originari partecipanti al dialogo e ciò per due ordini di considerazioni:

- 1) il primo, di carattere letterale, desumibile dal comma 12 dell'art. 58 che riferisce l'invito ai partecipanti al dialogo, con ciò escludendo che possa essere limitato soltanto ai proponenti la o le soluzioni prescelte;
- 2) il secondo, di carattere sostanziale, ricavabile dal fatto che, se l'invito si restringesse soltanto ai "vincitori" della fase del dialogo, non si avrebbe di fatto alcun confronto concorrenziale, considerato che di regola la gara si svolge sulla base di un'unica soluzione (ovvero, nell'ipotesi di scelta di due soluzioni, la gara avrebbe luogo tra due soli concorrenti, venendo meno anche in tal caso, un reale confronto).

Da quanto sin qui detto, emerge l'esigenza che l'amministrazione si avvalga della disposizione di cui al comma 17, che dà facoltà di prevedere premi per i partecipanti a tale procedura.

In particolare, sarà essenziale prevedere un premio per il vincitore del dialogo laddove quest'ultimo non divenga aggiudicatario finale, perché in tal caso il premio va a ristorare i costi di progettazione sopportati e costituisce comunque un incentivo ad una più ampia partecipazione al dialogo.

Come si è già detto, il dialogo può concludersi con l'individuazione di una o più soluzioni idonee a soddisfare gli obiettivi dell'amministrazione.

E' da ritenere, tuttavia, che l'ipotesi più usuale dovrebbe essere quella che vede a base della successiva gara una sola ipotesi progettuale.

Naturalmente, l'amministrazione, sulla base dei criteri di buon andamento, sceglierà e metterà a base di gara più soluzioni quando le ritenga tutte idonee a soddisfare le sue finalità e perciò tali da consentire l'aggiudicazione al progetto sviluppato sulla base dell'una o dell'altra.

Nel caso in cui l'amministrazione scelga di porre a base di gara più di una sola soluzione, sorge il problema di come articolare la gara considerato che il confronto tra le varie offerte avviene su basi eterogenee.

Da qui, l'esigenza (prevista dall'art. 58, comma 13) che in tale sede vengano articolati criteri di attribuzione dei punteggi tali da rendere omogenea la valutazione delle offerte presentate in base alle diverse soluzioni.

Come ottenere tale omogeneizzazione è un problema squisitamente ingegneristico, che ovviamente va affrontato caso per caso, in base a tutte le specifiche caratteristiche delle soluzioni prescelte.

Altra questione, concernente l'ipotesi in cui vengano poste a base di gara più soluzioni, è quella di stabilire se il bando possa consentire ai partecipanti di presentare più offerte, tante quante sono le soluzioni poste a base di gara. A ciò sembra potersi dare risposta affermativa, sia perché la legge non lo esclude, sia perché, trattandosi di una possibilità data a tutti i concorrenti, non si verifica alcuna alterazione della par condicio.

Più in generale, l'offerta deve presentare tutti gli elementi richiesti ed indispensabili per l'esecuzione del progetto (art. 58, comma 12, ultimo periodo).

Da tale disposizione si evince che, sotto il profilo tecnico, l'offerta deve contenere un progetto di livello esecutivo e comunque tutti gli elementi perché l'opera sia cantierabile.

E' da notare che, nel corso dello svolgimento della gara, su richiesta della stazione appaltante, le offerte presentate possono essere ulteriormente chiarite, precisate e perfezionate, purché ciò non comporti una modifica degli elementi fondamentali dell'offerta

o dell'appalto posto a base di gara; ciò onde evitare effetti discriminatori per i concorrenti (art. 58, comma 14).

A conclusione della procedura, le stazioni appaltanti, dopo aver valutato le offerte ricevute sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara - o nel documento descrittivo - e di quelli messi a punto "a valle" del dialogo, aggiudicano all'offerta economicamente più vantaggiosa.

Peraltro, una volta individuata l'offerta migliore, viene consentito alle stazioni appaltanti di chiedere ulteriori chiarimenti e precisazioni in merito; l'unico limite posto a tale attività di parziale di "rinegoziazione" dei contenuti dell'offerta attiene all'impossibilità di modificarne gli elementi fondamentali (art. 58, comma 16).

Tale disposizione, invero, suscita dubbi, atteso che, in tal modo, l'offerta risultata aggiudicataria perde il suo necessario carattere di definitività; la previsione, tuttavia, trova giustificazione nel limite normativo che gli elementi fondamentali dell'offerta debbano restare immutati e che, perciò, le integrazioni possono riguardare soltanto elementi marginali o di dettaglio.

In ogni caso, resta il principio secondo cui le stazioni appaltanti non possono ricorrere al dialogo competitivo in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.

#### **14. L'accordo quadro**

Un'altra importante novità contenuta nella codice è costituita dalla disciplina in tema di accordi-quadro (art. 59), in passato prevista unicamente nei settori speciali, sebbene con notevoli differenze procedurali (si veda l'art. 16 del previgente D.Lgs. n. 158/95, ed ora l'art. 222 del Codice).

L'accordo quadro viene definito come "un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti ed uno o più operatori economici il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste" (art. 3, par. 13 del Codice).

Sul piano pratico, l'accordo quadro vuole essere uno strumento di snellimento e semplificazione per le amministrazioni, in quanto, attraverso apposita procedura ad evidenza pubblica, la stazione appaltante seleziona una o più imprese alle quali, in un determinato periodo e con determinate modalità, affiderà tutti gli appalti inerenti un settore specifico della sua attività.

Per quanto concerne il settore dei lavori, gli accordi-quadro sono ammessi unicamente per le manutenzioni, nonché per altri lavori, connotati da requisiti di serialità (ovvero ripetitività nel tempo della stessa prestazione) e caratteristiche esecutive standardizzate, da prevedersi nel regolamento di attuazione; tale impostazione risponde pienamente all'esigenza di delimitare il campo di applicabilità di tale istituto per la finalità di non incidere eccessivamente sulle esigenze di piena concorrenza del mercato.

Da notare che, mentre per i lavori di manutenzione l'operatività dell'accordo-quadro ha luogo con l'entrata in vigore del Codice, relativamente agli altri casi (lavori con caratteristiche di serialità), essa è subordinata all'emanazione del regolamento attuativo.

La durata dell'accordo-quadro non può eccedere i quattro anni, salvo casi eccezionali, debitamente motivati in base all'oggetto dell'accordo-quadro.

La predeterminazione di un limite massimo per la durata degli accordi corrisponde all'obiettivo di evitare che tale istituto si possa risolvere in uno strumento di alterazione della concorrenza.

Ciò sta a significare che, nei casi in cui un'amministrazione intenda determinare la durata di un accordo-quadro per un termine eccedente i quattro anni, è tenuta ad esplicitare nella delibera a contrattare un'adeguata e specifica motivazione, che dia conto dell'esigenza di tale maggiore termine in relazione all'accordo-quadro da concludere (per es.: perché le caratteristiche dell'oggetto dell'accordo-quadro da concludere impongono tale maggiore termine ai fini dell'esecuzione di un'opera con caratteristiche di unitarietà).

Dal punto di vista procedimentale, la disciplina in tema di accordi quadro prevede due diverse fasi.

La prima, volta alla conclusione dell'accordo-quadro con uno o più operatori, in cui le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad adottare una delle procedure disciplinate dal codice (scegliendo tra procedure aperte, ristrette e negoziate), nonché uno dei criteri di aggiudicazione ivi previsti (offerta economicamente più vantaggiosa o prezzo più basso).

E' da osservare che, quale che sia il criterio di aggiudicazione prescelto, l'amministrazione dovrà necessariamente indicare nel bando il numero dei soggetti che verranno scelti quali titolari dell'accordo-quadro, nonché gli ulteriori criteri per la loro individuazione (per es. i cinque migliori classificati) e per l'individuazione dei prezzi e delle altre condizioni da porre a base dei successivi affidamenti (per es.: la media dei prezzi offerti dai soggetti risultati titolari dell'accordo).

Altro principio generale, assai significativo, è quello stabilito al comma 3 dell'art. 59, secondo cui, una volta scelti gli operatori economici parti dell'accordo-quadro, allorché successivamente l'amministrazione procede agli affidamenti di ciascun appalto, non può "apportare modifiche sostanziali alle condizioni fissate in tale accordo".

La ratio di tale disposizione appare chiara: poiché il numero dei partecipanti alle gare risulta assai limitato per un certo numero di anni (addirittura è prevista l'ipotesi dell'accordo-quadro con un solo operatore), il legislatore, al fine di evitare abusi o privilegi, pretende che tutte le condizioni dei futuri appalti risultino già predeterminate, per lo meno nella loro parte sostanziale, nell'accordo-quadro.

In particolare, è da ritenere che le procedure finalizzate alla conclusione dell'accordo-quadro debbano condurre alla predeterminazione quantomeno di un doppio ordine di elementi essenziali:

a) i prezzi unitari da porre a base dei successivi affidamenti;

b) la descrizione delle modalità di esecuzione delle singole categorie di lavoro.

Da tale impostazione derivano due conseguenze:

- qualora in sede di aggiudicazione dell'appalto, il criterio sia quello del prezzo più basso, i prezzi a base d'asta devono comunque essere quelli fissati nell'accordo-quadro, con eventuali marginali ritocchi;
- qualora il metodo prescelto sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, agli offerenti possono essere richiesti ulteriori elementi tecnici, ma anche in tal caso non tali da stravolgere sostanzialmente le condizioni e le modalità esecutive predeterminate nell'accordo stesso.

La seconda fase, come detto, è finalizzata alla stipula degli affidamenti attuativi degli accordi-quadro.

In merito a tale segmento della procedura, il legislatore del codice opera una distinzione, a seconda che l'accordo-quadro sia stato concluso con uno ovvero con più soggetti.

E' da ritenere che la prima ipotesi – e cioè quella della scelta di un unico operatore – abbia carattere del tutto eccezionale, in quanto in tal caso, per un sensibile lasso di tempo, la concorrenza viene del tutto annullata; allorché dunque l'amministrazione ritenga di adottare tale forma di accordo-quadro, deve darne adeguata motivazione.

Nell'ipotesi in cui l'accordo sia stato stipulato con un unico contraente, gli appalti basati sul medesimo sono aggiudicati alle condizioni ivi fissate; alla committente viene unicamente consentito di consultare in forma scritta l'operatore parte dell'accordo originario, chiedendogli di completare le parti dell'offerta presentata eventualmente non ancora definite, fatto salvo il divieto di apportare modificazioni sostanziali alle condizioni precedentemente fissate nell'accordo stesso.

Per il caso in cui, invece, l'accordo sia stato stipulato con più operatori (il cui numero non può essere inferiore a tre, sempreché esista un tale numero di operatori economici che soddisfino i criteri di selezione e/o di offerte accettabili in base ai criteri di aggiudicazione), vengono previste due diverse ipotesi operative.

Infatti, se nell'accordo sono state già stabilite tutte le condizioni di ogni singolo appalto "a valle", questo può essere affidato ad uno qualunque dei soggetti firmatari dell'accordo, senza avviare un nuovo confronto competitivo tra le parti.

Per tale eventualità, il legislatore del codice – con ciò integrando la disciplina comunitaria sul punto – ha opportunamente stabilito che, al fine di consentire la scelta dell'operatore economico cui affidare il singolo appalto, l'accordo quadro debba contenere l'ordine di priorità tra i vari operatori economici (verosimilmente l'ordine in cui si sono classificati alla gara per l'affidamento dell'accordo-quadro), nonché il criterio di rotazione per l'assegnazione di ogni singolo appalto.



Allorché si ricorre a quest'ultimo criterio, è da ritenere che tutti gli appalti affidati a rotazione debbano avere le medesime condizioni tecniche ed economiche fissate nell'accordo-quadro, eventualmente affinate; ciò perché, non avendo luogo un confronto competitivo tra i titolari dell'accordo-quadro, tutti gli affidamenti debbono avere condizioni omogenee.

In luogo della rotazione, l'amministrazione può altresì indicare nell'accordo-quadro che i successivi appalti verranno affidati attraverso un ulteriore confronto competitivo tra tutti i titolari del medesimo accordo-quadro.

Se, invece, l'accordo-quadro non ha fissato tutte le condizioni relative agli appalti da aggiudicare, l'amministrazione è obbligata a rilanciare il confronto competitivo tra i firmatari dell'accordo stesso.

In quest'ultima ipotesi tale confronto deve avere ad oggetto sia le predette condizioni non predeterminate, sia, eventualmente, altre condizioni dell'accordo-quadro, indicate a discrezione dell'amministrazione.

Allorché ha luogo il confronto competitivo, questo avviene secondo la seguente procedura:

- a) per ogni appalto da aggiudicare, le stazioni appaltanti consultano per iscritto gli operatori economici che sono in grado di realizzare l'oggetto dell'appalto;
- b) le stazioni appaltanti fissano un termine sufficiente per presentare le offerte relative a ciascun appalto specifico, tenendo conto di elementi quali la complessità dell'oggetto dell'appalto e il tempo necessario per la trasmissione delle offerte;
- c) le offerte sono presentate per iscritto e il loro contenuto deve rimanere segreto fino alla scadenza del termine previsto per la loro presentazione;
- d) le stazioni appaltanti aggiudicano ogni appalto all'offerente che ha presentato l'offerta migliore sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel capitolato d'onere dell'accordo quadro.

Come si vede, nell'attuare le modalità di gara per l'aggiudicazione di ogni singolo appalto, l'amministrazione non è rigidamente vincolata alle norme procedurali della parte II del Codice, ma ai predetti principi generali, che di fatto sono espressione dei principi generali del Trattato, a tutela della concorrenza.

Come norma di chiusura, viene infine posto il divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare gli accordi quadro in modo abusivo o distorsivo della concorrenza (art. 59, ultimo comma).

## **15. Le aste elettroniche**

Altra disposizione innovativa, espressione della volontà di introdurre le più moderne tecnologie elettroniche nell'ambito delle procedure di affidamento degli appalti pubblici, è quella contenuta nell'art. 85 del codice in materia di aste "on line".

La peculiarità dell'asta on line rispetto alle procedure tradizionali è rappresentata dal fatto che il luogo in cui si svolgono le contrattazioni tra le amministrazioni committenti e gli operatori economici è puramente "virtuale", in quanto accessibile solo "via internet".

Il codice definisce l'asta elettronica "un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, e/o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico" (art 3, comma 15).

Il ricorso a tale procedimento è escluso per gli appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione (art. 3, comma 15, ultimo periodo).

Da un punto di vista procedurale, l'art. 85, comma 1, del codice prevede che "nelle procedure aperte, ristrette o negoziate previo bando (...) le stazioni appaltanti possono stabilire che l'aggiudicazione di un appalto avvenga attraverso un'asta elettronica". Alle stesse condizioni si può ricorrere all'asta elettronica anche in occasione dell'indizione di gare per appalti da aggiudicare nell'ambito degli accordi quadro e dei sistemi dinamici di acquisizione.

A ben vedere, quindi, l'asta elettronica non rappresenta una procedura autonoma, ma piuttosto una tecnica alla quale le amministrazioni possono ricorrere nell'ambito delle procedure ordinarie (aperte, ristrette e negoziate), di cui sono tenute ad applicare, pertanto, le norme relative a termini e modalità di presentazione delle offerte.

Invece, è da ritenere che l'asta elettronica non possa aver luogo nell'ambito del dialogo competitivo, considerato che questo implica attività progettuale da parte delle imprese a tutto campo, e perciò non suscettibile di valutazioni meccaniche.

Sotto il profilo sostanziale, il ricorso alle aste elettroniche risulta consentito unicamente quando le specifiche dell'appalto possono essere fissate in maniera precisa e la valutazione delle offerte sia effettuabile automaticamente attraverso un mezzo elettronico, sulla base di elementi quantificabili in modo tale da poter essere espressi in cifre o percentuali (art. 85, comma 3).

Dal combinato disposto delle norme sopracennate, si ricava che:

- a) l'asta elettronica è una fase di negoziazione che precede l'aggiudicazione di un appalto;
- b) si può ricorrere all'asta elettronica per i soli appalti le cui specifiche tecniche possono essere fissate in modo preciso dall'ente appaltante;
- c) si può dare luogo ad una gara "on line", solo a condizione che gli elementi fondamentali delle offerte siano rappresentati dal prezzo o - in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - da altri fattori, purchè quantificabili e suscettibili di valutazione in modo automatico.

L'asta elettronica può riguardare:

1. unicamente i prezzi, quando l'appalto viene attribuito al prezzo più basso;
2. oppure i prezzi e/o i valori degli elementi dell'offerta indicati negli atti di gara, quando l'appalto viene aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa.

In tale caso, come si è già detto, gli elementi di valutazione di cui all'art. 83 devono essere quantificabili meccanicamente secondo formule matematiche. E' perciò esclusa, peraltro

conformemente alla definizione di cui all'art. 3, comma 15, la possibilità di chiedere ai partecipanti l'elaborazione della progettazione definitiva e/o esecutiva.

E' però da notare che l'art. 85 al comma 8 prevede l'ipotesi che siano ammesse varianti al progetto dell'amministrazione, che, di fatto, in buona sostanza costituiscono anch'esse attività progettuali.

L'apparente contraddizione viene risolta dalla stessa norma che dispone che, nel caso siano ammesse varianti da parte dei concorrenti, l'amministrazione deve indicare le varianti ammissibili, nonché stabilire, per ciascuna di esse, una formula matematica idonea ad attribuire meccanicamente il relativo punteggio.

Non si può disconoscere che, in concreto, tale modalità sarà sicuramente di difficile applicazione, considerata la complessità di valutare in modo meccanico le varianti, che spesso hanno come contenuto attività progettuali dai multiformi aspetti.

In sintesi, l'aggiudicazione di un appalto attraverso un'asta elettronica, prevede una procedura strutturata essenzialmente in due fasi.

a) La prima, tradizionale, che si apre con la pubblicazione di un bando di gara, cui accede un capitolato d'onere, da cui gli operatori interessati possono acquisire le necessarie informazioni concernenti la procedura di gara scelta dall'ente appaltante (che, come sopradetto, potrebbe essere una procedura aperta, ristretta o negoziata), le modalità di svolgimento dell'asta, le condizioni alle quali si può rilanciare (gli scarti minimi eventualmente richiesti per il rilancio), gli elementi i cui valori saranno oggetto di asta, gli eventuali limiti minimi e massimi dei valori degli elementi dell'offerta - nel caso in cui l'appalto debba essere aggiudicato tramite l'offerta economicamente più vantaggiosa - ed, infine, le prescrizioni tecniche relative al dispositivo elettronico utilizzato, le informazioni che saranno messe a disposizione degli offerenti nel corso dell'asta elettronica con eventuale indicazione del momento in cui saranno messe a loro disposizione, ed in ultimo le informazioni riguardanti lo svolgimento dell'asta elettronica stessa.

Sulla base delle prescrizioni del bando, i concorrenti formulano offerte cartacee in modo del tutto tradizionale, conformemente ai criteri di gara tradizionali, nelle quali indicano il/i prezzi offerti ed eventualmente gli ulteriori elementi richiesti.

Conseguentemente, prima di procedere all'asta elettronica, le stazioni appaltanti effettuano una prima valutazione delle offerte presentate, con le modalità stabilite nel bando di gara ed in conformità al criterio di aggiudicazione prescelto.

b) La seconda, relativa allo svolgimento dell'asta elettronica vera e propria, che si apre con l'invito, per via elettronica, di tutti gli offerenti che hanno presentato nella prima fase offerte valutate ammissibili, a partecipare all'asta presentando nuovi prezzi e/o nuovi valori; nell'invito sono indicate data e ora di inizio dell'asta e tutte le informazioni necessarie al collegamento individuale.

Qualora il criterio sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'invito è corredato del risultato della valutazione completa dell'offerta presentata dal concorrente,

mentre la formula matematica, ivi indicata, integra la ponderazione di tutti i criteri stabiliti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa (quale indicata nel bando o negli altri atti di gara); a tal fine, le eventuali forcelle devono essere precedentemente espresse con un valore determinato (esempio: ammissibilità del tempo offerto non inferiore e non superiore a determinate entità).

Per espressa previsione normativa, l'asta si svolge in unica seduta (non in più fasi, come invece previsto dalla disciplina comunitaria) e non può mai avere inizio prima che siano trascorsi due giorni lavorativi dall'invio degli inviti.

Vige, peraltro, l'obbligo per l'ente appaltante di comunicare costantemente e in tempo reale a tutti i partecipanti la rispettiva classificazione; pur nell'imprecisione normativa, è da ritenere che la rispettiva classifica debba essere comunicata sin dall'atto dell'avvio dell'asta elettronica.

L'ente appaltante ha facoltà di stabilire negli atti di gara che, nel corso dell'asta, renderà visibile a ciascun partecipante il contenuto delle offerte presentate dagli altri partecipanti alla gara.

Costituisce ulteriore facoltà per l'ente appaltante di rendere noto il numero dei partecipanti alla gara; è stabilito, peraltro, il divieto perentorio in ogni caso di rendere nota l'identità degli altri concorrenti a ciascun offerente fino all'aggiudicazione.

Durante lo svolgimento dell'asta, il dispositivo elettronico utilizzato dall'ente procede ad una riclassificazione automatica delle offerte in funzione dei nuovi prezzi e/o dei nuovi valori presentati, la cui formula matematica viene indicata già negli inviti.

L'asta si chiude nel giorno preventivamente indicato nel bando ed allo scadere dell'ora ivi fissata.

In proposito, occorre sottolineare che, rispetto alla disciplina comunitaria, il legislatore del codice ha eliminato la possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, di utilizzare le ulteriori procedure di chiusura dell'asta ivi previste.

In particolare, sono state espunte quelle modalità di chiusura dell'asta che, consentendone l'autoestensione (come, ad esempio, nell'ipotesi di conclusione quando gli enti non ricevono più nuovi prezzi che rispondono alle esigenze degli scarti minimi), avrebbero potuto consentire rilanci a catena, e ribassi particolarmente elevati.

Tale scelta legislativa risponde pienamente ad una precisa richiesta degli operatori del settore, volta ad introdurre, nella procedura in parola, elementi atti a contenere il fenomeno dei ribassi temerari.

Dopo aver dichiarato conclusa l'asta elettronica, gli enti appaltanti danno luogo all'esclusione automatica delle offerte anomale (per gli appalti sotto soglia e qualora sia stato previsto nel bando) ovvero alla verifica dell'eventuale anomalia delle offerte, sulla base delle procedure di cui agli artt. 86-87-88, di cui si tratterà in altro punto della presente circolare.

Infine, viene rinviata alla fonte regolamentare la disciplina di attuazione, concernente i presupposti e le condizioni specifiche per il ricorso alle aste elettroniche, i requisiti e le modalità tecniche della procedura di asta elettronica, nonché le condizioni e le modalità di esercizio del diritto di accesso agli atti della procedura di asta elettronica; ciò sembra comportare che la concreta possibilità di attuazione delle aste elettroniche resti subordinata all'emanazione di detto regolamento.

Coma sopra accennato, le aste elettroniche sono meccanismi di gara che incrementano la competitività tra le imprese, talvolta inducendole ad offrire notevoli riduzioni di prezzo rispetto a quello posto a base d'asta.

Per tali ragioni, viene stabilito (art. 85, comma 3) il principio secondo cui le stazioni appaltanti non possono ricorrervi abusivamente o in modo tale da impedire, limitare o distorcere la concorrenza o comunque in modo da modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dal bando e dagli altri atti di gara.

## ***16. Criteri di aggiudicazione***

L'articolo 81 prevede che, sia nell'ambito delle procedure aperte, sia di quelle ristrette e negoziate, l'amministrazione possa optare ai fini dell'aggiudicazione per il criterio del prezzo più basso o per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

È stabilito che gli enti appaltanti scelgono, indicandolo nel bando di gara, il criterio di aggiudicazione che ritengono più adeguato alle caratteristiche dell'appalto. La norma delinea così un ambito di discrezionalità assai ampio dell'amministrazione, che di fatto può effettuare liberamente le sue scelte in ordine al criterio di aggiudicazione da adottare. Si tratta di un'innovazione di portata sostanziale, considerato che nel regime della legge n. 109/1994 la possibilità di ricorrere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa era circoscritto ad ipotesi del tutto eccezionali, e cioè ai casi di appalti in cui fosse prevalente la componente tecnologica o relativamente ai quali le possibili soluzioni progettuali assumessero particolare rilevanza tecnica (art. 21, comma 1 ter).

La scelta dell'ampliamento della discrezionalità dell'amministrazione, operata dal codice, recepisce l'impostazione delle direttive comunitarie e, d'altra parte, dà piena attuazione alla sentenza della Corte di giustizia n. 247/02 del 7.10.2004, secondo le indicazioni contenute all'art. 25, comma 1 lettera d) della legge n. 62/2005 di delega al Governo per l'emanazione del codice.

Naturalmente, sulla base dei principi generali del diritto amministrativo di logica, razionalità e proporzionalità, la discrezionalità deve essere attuata correttamente e conformemente agli interessi da realizzare, per cui è da ritenere che permanga, quantomeno sotto il profilo delle regole di buona amministrazione, la regola generale di non utilizzare il complesso criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (complesso nei contenuti, nelle valutazioni e nella procedura, nonché dispendioso per gli operatori economici), relativamente agli appalti che non presentino particolari difficoltà tecniche e che, cioè, abbiano carattere di ordinarietà.

Meritevole di nota è la disposizione di cui all'art. 81, comma 3 che attribuisce all'ente appaltante il generale potere di non procedere ad aggiudicazione, se nessuna offerta risulti

conveniente o idonea. Relativamente al criterio del prezzo più basso, ciò sta a significare che, ancorché non anomala, l'offerta cui dovrebbe essere aggiudicato l'appalto potrebbe essere ritenuta eccessivamente alta, e perciò non economica, in quanto non conforme alle risposte che ci si attendeva dal mercato. Naturalmente, in tal caso, il provvedimento di diniego di aggiudicazione, pur se fondato sulla norma giuridica in questione, deve contenere un'adeguata motivazione, che dia conto delle ragionevoli aspettative rispetto all'andamento del mercato e dell'inadeguatezza rispetto a queste dell'offerta formulata.

Per quanto concerne il criterio del prezzo più basso, viene ribadito che le modalità di attuazione dello stesso possono essere due, e cioè il prezzo più basso determinato mediante ribasso sull'importo a base d'asta ovvero il meccanismo dell'offerta a prezzi unitari, nel quale, come è noto, sono i concorrenti a formulare tutti i prezzi unitari inerenti ciascuna categoria di lavoro. La scelta tra il sistema del maggior ribasso ovvero dei prezzi unitari, anche in tal caso, è rimessa alla discrezionalità più ampia dell'amministrazione. Questa, peraltro, dovrebbe ispirarsi al criterio dell'adozione, in linea di principio, del meccanismo più semplice, e cioè quello del maggior ribasso; ciò nella presunzione che i prezzi unitari formulati a seguito dell'elaborazione della progettazione esecutiva siano aderenti alla realtà economica e tecnica, siano cioè congrui e siano il frutto di analisi aderenti alle prestazioni che l'appaltatore dovrà rendere.

Il sistema dell'offerta dei prezzi unitari dovrebbe, perciò, ad avviso di questa associazione, costituire l'eccezione ed essere circoscritto alle ipotesi di appalti, la cui complessità ovvero specificità faccia ritenere opportuno verificare la capacità delle imprese nel formulare i prezzi unitari attinenti a ciascuna categoria di lavoro; altra ipotesi, nella quale l'offerta dei prezzi unitari potrebbe risultare proficua, è quella in cui l'amministrazione abbia dubbi sulla correttezza dei prezzi unitari scaturiti dalla progettazione.

Sulla base di quanto ora detto, appare perciò singolare e poco comprensibile sul piano logico la disposizione (art. 82, comma 3), che, confermando pedissequamente la norma di cui all'art. 21, comma 1 lettera c) della legge n. 109/1994, relativamente ai contratti nei quali vi sia una parte a corpo e una parte a misura, impone l'adozione del sistema dell'offerta dei prezzi unitari.

### ***17. Offerta economicamente più vantaggiosa***

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come è noto, è un criterio particolarmente complesso, nel quale l'aggiudicazione non avviene soltanto sulla base del prezzo offerto, ma anche di altri elementi predeterminati ed individuati nel bando di gara.

L'articolo 83 del codice elenca numerosi elementi di valutazione, ampliando l'enunciazione della normativa previgente (tra i più significativi, in tema di lavori, da ricordare: il prezzo, il pregio tecnico dell'attività progettuale dei concorrenti, il pregio sotto l'aspetto estetico, ambientale, i successivi costi di manutenzione, l'eventuale assistenza tecnica che l'impresa si impegna a fornire dopo il collaudo, il tempo di esecuzione), ma ciò che più rileva è che afferma espressamente che l'enunciazione ha carattere esemplificativo; il che sta a significare che l'amministrazione ha facoltà di stabilire elementi anche diversi da quelli oggetto dell'elencazione dell'art. 83, purché naturalmente congruenti con le caratteristiche dell'appalto e con le esigenze di una seria ed approfondita valutazione delle offerte sotto l'aspetto tecnico ed economico. Va ricordato, in proposito, che comunque tale ampia discrezionalità non può spingersi fino a stabilire requisiti che attengano all'idoneità soggettiva del concorrente,

considerato che la stessa giurisprudenza ha in varie occasioni sottolineato che tali requisiti rilevano esclusivamente nella fase di ammissione alla gara e che l'offerta deve riguardare soltanto elementi oggettivi inerenti il prezzo, le modalità di esecuzione dell'opera ed eventualmente altre prestazioni accessorie.

Per quanto concerne i punteggi attribuibili a ciascun elemento di valutazione, la norma prevede due ipotesi. La prima, costituente regola generale, è quella nella quale la ponderazione di ciascun elemento di valutazione è predeterminabile con espressa previsione del bando; in tal caso il bando deve indicare il punteggio massimo attribuibile a ciascun elemento di ogni offerta, con facoltà di indicare una soglia minima, al di sotto della quale l'offerta stessa viene automaticamente considerata non idonea. In questa ipotesi, lo scarto tra il punteggio massimo attribuibile e la soglia minima deve essere "appropriato", il che sta a significare che la soglia deve avere entità ragionevole e non essere, perciò, tale da limitare eccessivamente il confronto concorrenziale tra le offerte presentate.

La seconda ipotesi (comma 3), per la verità, sembra avere carattere del tutto eccezionale, perché riguarda il caso in cui la predeterminazione nel bando dei punteggi massimi attribuibili a ciascun elemento sia impossibile per ragioni oggettive. Non può sfuggire che l'impossibilità di stabilire punteggi relativi ad elementi tecnici di valutazione riguarda casi assolutamente marginali e del tutto ipotetici, considerato che in linea di principio risulta sempre possibile predeterminare il peso inerente ogni aspetto tecnico delle offerte. Presumibilmente, ricorre tale ipotesi, allorché si chieda ai concorrenti un risultato tecnico non quantificabile nella sua entità massima, con la conseguenza che il punteggio massimo potrà essere stabilito a valle del confronto, una volta acquisiti i risultati conseguibili dalle varie offerte. Relativamente a tali ipotesi è prescritto che la stazione appaltante indichi nel bando di gara le motivazioni per le quali, nel caso specifico, la ponderazione numerica preventiva dei singoli elementi è impossibile; la prescrizione, evidentemente, ha la finalità di consentire ad ogni interessato il controllo circa la logicità delle scelte dell'amministrazione e l'effettiva sussistenza dei presupposti che impediscono la predeterminazione di parametri numerici oggettivi. Comunque, allorché si ricada in questa ipotesi, l'amministrazione è sempre tenuta ad indicare quantomeno l'ordine decrescente di importanza dei criteri di valutazione che saranno adottati, così vincolandosi, seppure in modo meno stringente, a parametri di giudizio predefiniti.

È, in ogni caso, data facoltà (e non obbligo) all'amministrazione di stabilire sub-criteri e sub-punteggi attinenti ciascun elemento di valutazione: così per esempio, relativamente al "pregio tecnico", potrebbero essere previsti vari aspetti particolari della soluzione tecnica proposta (la funzionalità; la qualità dei materiali; l'armonizzazione con altre opere esistenti etc.), con relativi sub-punteggi massimi da attribuire a ciascuno.

Costituisce invece obbligo, per la commissione giudicatrice preposta alla valutazione delle offerte, predeterminare in apposito verbale, dopo il suo insediamento ma prima dell'apertura delle offerte, i criteri motivazionali (è da ritenere prevalentemente di natura tecnica), cui si atterrà nell'attribuzione a ciascuna offerta dei punteggi inerenti ogni elemento di valutazione. Come si vede, la legge tende a rendere quanto più possibile oggettivo il giudizio finale della commissione, ancorandolo a vari elementi predeterminati a cascata, e cioè gli elementi di valutazione, i punteggi massimi ed eventualmente minimi, i sub-pesi ed infine i criteri motivazionali.

Il codice nulla dice in ordine all'inquadramento giuridico ed alla natura del giudizio finale della commissione. Dalla lettura complessiva delle norme sembra potersi affermare che tale giudizio costituisca l'aggiudicazione provvisoria, l'aggiudicazione cioè soggetta alla condizione di efficacia dell'approvazione da parte dell'organo di controllo che la rende definitiva. Quanto alla natura giuridica in senso stretto, si tratta di atto di giudizio, con valore di parere relativamente vincolante; ciò perché la norma definisce la commissione, come "commissione giudicatrice", una commissione cioè con prerogative altamente tecniche, sicché sarebbe singolare che l'organo di controllo preposto all'aggiudicazione definitiva potesse modificare il giudizio tecnico espresso dalla commissione. Quest'ultimo perciò, in linea di principio, non è sindacabile, salva l'ipotesi in cui l'organo di controllo non ravvisi nell'operato della commissione vizi di illegittimità, quali per esempio la violazione di norme tecniche ovvero macroscopiche illogicità di giudizio. In tali ipotesi, è da ritenere che l'organo di controllo, una volta rilevati con ampia motivazione tali vizi, possa segnalarli alla commissione, perché in sede di riconvocazione sani il suo operato. È, inoltre, da ritenere che l'organo di controllo preposto all'aggiudicazione definitiva possa discostarsi dal giudizio della commissione, qualora ritenga l'offerta prescelta non rispondente alle finalità tecniche o alle aspettative economiche che l'amministrazione si prefiggeva; in tal caso, l'aggiudicazione provvisoria potrà essere posta nel nulla, con motivazione che dia conto della non rispondenza dell'offerta alle esigenze dell'ente, e conseguente ripetizione della gara.

Per quanto concerne la commissione giudicatrice, l'articolo 84 in parte conferma la previgente disciplina ed in parte vi apporta alcune sostanziali innovazioni: la conferma, laddove prevede che la commissione sia composta da tre o cinque esperti nello specifico settore dell'appalto e che sia comunque presieduta da un dirigente della stazione appaltante; introduce, invece, un'innovazione, laddove stabilisce che, di regola, gli altri commissari siano scelti tra i funzionari della stazione appaltante. È poi previsto che, ove nell'organico di questo vi sia un'accertata carenza di funzionari dotati di professionalità adeguate, i commissari siano prescelti dall'organo deliberante dell'ente tra le categorie: a) dei professionisti, scelti nell'ambito di un elenco che viene formato dall'amministrazione, in base alle professionalità utili, scegliendo tra rose di candidati fornite dagli ordini professionali; b) professori universitari di ruolo, scelti con lo stesso metodo, ma con indicazione delle rose di candidati fornite dalle rispettive facoltà di appartenenza.

In luogo del sorteggio previsto dalla precedente legislazione, viene ora stabilito che, nell'ambito delle predette categorie, i commissari siano prescelti sulla base di criteri di "rotazione". La formulazione della norma, per la verità un po' generica, rimette alla discrezionalità dell'amministrazione la determinazione del contenuto del criterio di rotazione che, per esempio, potrebbe ragionevolmente stabilire che lo stesso professionista o professore non possa essere nominato commissario, prima del decorso di un certo termine dall'incarico precedente ovvero prima che un certo numero di altri incarichi siano stati assegnati ad altri commissari.

### ***18. Criteri di individuazione delle offerte anomale***

Relativamente al criterio del prezzo più basso, viene mantenuto il principio secondo cui le stazioni appaltanti devono valutare la congruità delle offerte che presentino un ribasso eccedente la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse, con esclusione del 10% delle offerte di maggiore e di minor ribasso, media incrementata dalla media aritmetica degli scarti delle offerte che superano la prima media.



Peraltro, relativamente agli appalti sotto soglia, l'art. 122, comma 9 introduce un'importante innovazione, in quanto dà facoltà all'amministrazione appaltante di prevedere, con apposita clausola del bando, l'esclusione automatica di tutte le offerte che eccedono la media, come sopra calcolata. In altri termini, viene rimesso relativamente agli appalti sotto soglia, alla discrezionalità della stazione appaltante decidere se attuare il metodo dell'esclusione automatica ovvero adeguarsi al criterio generale per gli appalti sopra soglia, secondo cui le offerte che eccedono la media vanno sottoposte a verifica di congruità in contraddittorio con l'offerente.

Per quanto concerne il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, viene mantenuto sia per gli appalti sopra soglia, sia per quelli sotto soglia il sistema, secondo cui le stazioni appaltanti devono procedere alla valutazione di congruità di quelle offerte, relativamente alle quali ricorrano due elementi, e cioè:

- a) il punteggio assegnato all'elemento prezzo sia pari o superiore i quattro quinti del punteggio massimo previsto per tale elemento;
- b) la somma dei punteggi assegnati agli altri elementi sia pari o superiore alla somma dei corrispondenti punteggi massimi stabiliti nel bando.

Viene così confermata una norma di dubbia logicità, posto che nelle gare espletate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ad un punteggio particolarmente elevato non necessariamente corrispondono prezzi unitari bassi, ben potendo il prezzo complessivo offerto risultare basso per effetto della contrazione delle quantità che una soluzione progettuale ingegnosa abbia potuto realizzare. D'altra parte, non si vede quale nesso logico abbia riconnettere una presunta anomalia economica all'elevato punteggio assegnato a tutti gli elementi diversi dal prezzo.

Disposizione di particolare rilievo è quella introdotta dall'art. 86, comma 3 che autorizza "in ogni caso" le stazioni appaltanti a valutare la congruità anche di offerte non eccedenti la soglia di anomalia (nel criterio del maggior ribasso) ovvero non eccedenti i quattro quinti dei punteggi sopra detti (nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), quando, sulla base di elementi concreti e specifici, l'offerta appaia comunque anormalmente bassa. Si pensi, per esempio, al caso di una media particolarmente elevata, tale perciò da indurre a ritenere sospette di anomalia anche le offerte che, pur non superandola, siano sensibilmente elevate, ovvero per esempio al caso di punteggi, nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, inferiori ai quattro quinti dei punteggi massimi, ma assegnati ad un'offerta i cui prezzi unitari sono palesemente sottostimati rispetto ai corrispondenti prezzi di mercato.

Da notare che, nel criterio del maggior ribasso, il sistema della media (sia per gli appalti superiori alla soglia comunitaria, quale soglia oltre la quale deve procedersi alla verifica, sia per gli appalti inferiori, per i quali il bando abbia espressamente previsto l'esclusione automatica) non trova applicazione, quando le offerte ammesse in gara sono inferiori a cinque; in questa ipotesi, le amministrazioni si avvalgono della possibilità in via generale loro offerta dalla disposizione di cui all'art. 86, comma 3, prima commentata.

Ulteriore innovazione di particolare rilievo è quella secondo cui le offerte devono essere corredate delle giustificazioni idonee a consentire la verifica della loro congruità relativamente

a tutte le voci di prezzo e perciò, in sostanza, all'importo complessivo dell'appalto (come si ricorderà, in precedenza, tale obbligo concerneva voci di prezzo costituenti almeno il 75% dell'importo posto a base di gara).

È consentito che il bando di gara o la lettera di invito indichino le modalità di presentazione di dette giustificazioni, per la evidente finalità di rendere omogenea l'analisi delle giustificazioni presentate dai vari concorrenti.

Qualora le giustificazioni presentate a corredo dell'offerta vengano ritenute sufficienti e perciò tali da escludere il giudizio di anomalia, ha luogo l'aggiudicazione provvisoria.

Se invece le giustificazioni non vengono ritenute sufficienti per escludere l'anomalia dell'offerta, l'ente appaltante deve chiedere al concorrente l'integrazione delle giustificazioni e potrà procedere all'esclusione, solo dopo avere attuato un contraddittorio con l'offerente, secondo la procedura di cui si dirà tra breve.

Quanto al contenuto sostanziale delle giustificazioni che l'amministrazione richiede sia in sede di offerta, sia eventualmente in sede di ulteriore verifica, questo è enunciato dall'art. 87, che prevede che tali giustificazioni riguardino: l'economia del procedimento, le soluzioni tecniche adottate, le condizioni favorevoli di cui dispone l'offerente, l'originalità del progetto etc..

Da notare che l'elencazione della norma è formulata "a titolo esemplificativo", il che sta a significare che l'ente appaltante non è vincolato ad indicare gli elementi descritti, ma secondo il suo giudizio discrezionale può indicarne di ulteriori, purché naturalmente idonei e finalizzati a consentire una seria valutazione dell'anomalia dell'offerta. In proposito, non si può non ricordare come, tradizionalmente, sia secondo la prassi amministrativa, sia secondo la giurisprudenza, elemento focale da richiedere per le finalità in questione sono le analisi dei prezzi, e cioè la scomposizione del prezzo da cui emergono le componenti elementari sia sotto l'aspetto quantitativo, sia sotto l'aspetto del costo.

Ne consegue che, ove la prassi sin qui seguita venga confermata, le amministrazioni richiederanno, unitamente alle offerte, le analisi dei prezzi, nonché altri elementi tra quelli indicati nell'art. 87 o eventualmente ulteriori, idonei a giustificare componenti elementari che risultino sottoquotate rispetto ai corrispondenti valori di mercato.

Da notare, infine, che in sede di verifica ulteriore in contraddittorio, l'amministrazione secondo l'art. 87, comma 1 ha facoltà di chiedere giustificazioni, in aggiunta a quelle già presentate e ritenute pertinenti agli elementi costitutivi dell'offerta, il che sta a significare che l'amministrazione gode di un certo margine di discrezionalità nell'individuare tutte quelle ulteriori giustificazioni, la cui esigenza sia emersa dall'offerta e dalle primitive giustificazioni ed analisi presentate.

Dal punto di vista procedimentale, è stabilito (art. 88) che, nei casi in cui l'amministrazione non ritenga sufficienti le giustificazioni presentate con l'offerta ha una triplice possibilità, da scegliere discrezionalmente:

1. indicare all'offerente le componenti dell'offerta ritenute anormalmente basse, richiedendo in merito ulteriori elementi giustificativi;
2. ovvero, non indicare dette componenti, ma invitare genericamente l'offerente a fornire tutte le ulteriori giustificazioni che ritenga utili;
3. ovvero, infine, indicare le componenti ritenute anormalmente basse ed invitare specificamente l'offerente a fornire le ulteriori giustificazioni necessarie.

Quest'ultima modalità appare la più completa e rispondente all'esigenza di verifica approfondita dell'offerta.

È previsto che per la presentazione delle ulteriori giustificazioni sia assegnato all'offerente un termine non inferiore a 10 giorni ed inoltre la possibilità per l'amministrazione di costituire, ove lo ritenga necessario, una commissione di esperti per la verifica dell'anomalia.

In ogni caso, e cioè sia quando all'esame proceda l'amministrazione con i suoi funzionari, sia quando vi proceda la commissione, è previsto (nonostante la non felice formulazione normativa) che possano essere richiesti ulteriori chiarimenti all'impresa, che deve fornirli entro un termine non inferiore a cinque giorni. Allorché neppure questi chiarimenti ulteriori siano risultati idonei a fugare i dubbi in ordine all'anomalia, è prevista un'ulteriore fase di chiarimenti in contraddittorio, mediante la convocazione dell'offerente ed invito allo stesso ad indicare ogni ulteriore elemento utile.

Al termine di tale complessa procedura, qualora il giudizio della stazione appaltante sia di inaffidabilità dell'offerta, questa procede alla sua esclusione. Secondo un condivisibile indirizzo giurisprudenziale, detta esclusione deve essere congruamente e concretamente motivata, con indicazione delle componenti dell'offerta ritenute eccessivamente basse e dei corrispondenti prezzi di mercato; naturalmente, deve trattarsi di componenti che abbiano un'incidenza sensibile sul complesso dell'offerta, e che perciò non abbiano carattere marginale.

Sotto il profilo procedurale, la verifica nei termini sin qui descritti ha luogo sulla prima miglior offerta classificata e se questa, in quanto ritenuta anormalmente bassa, viene esclusa, si procede con la stessa procedura, progressivamente, su ogni offerta successivamente classificata.

### ***19. Verifica preventiva dell'interesse archeologico in sede di progetto preliminare***

È da segnalare che il nuovo codice (artt. 95 e 96) ha riprodotto la disciplina di verifica preventiva dell'interesse archeologico, già introdotta nell'ordinamento dagli articoli 2 ter - 2 quinquies della legge 25 giugno 2005, n. 109, e cioè la disciplina delle indagini archeologiche da effettuare ai fini dell'approvazione di progetti di lavori pubblici.

In realtà, la procedura costituiva ragionevole sviluppo di adempimenti in materia archeologica, già previsti dalla legislazione vigente, che faceva carico all'amministrazione appaltante di effettuare indagini archeologiche in fase di progettazione di opere pubbliche.

Infatti:

1. l'art. 18, comma 1, lett. d) del D.P.R. n. 554/99 (Regolamento di attuazione della Legge Merloni) prescrive che il progetto preliminare sia sempre e comunque corredato da indagini archeologiche preliminari;
2. il Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (codice dei beni culturali) all'art. 21 stabilisce che, per le opere ricadenti in aree di interesse archeologico, è sempre necessaria l'autorizzazione del Soprintendente ed all'art. 28 che quest'ultimo può richiedere l'esecuzione di saggi archeologici preventivi.

Ora, gli artt. 95 e 96 altro non sono, se non la specificazione delle modalità di attuazione delle norme che prevedono l'esecuzione di indagini archeologiche.

Sono infatti previste due fasi, la prima necessaria, la seconda eventuale.

1. La fase necessaria è prevista dall'art. 95 che impone, prima dell'approvazione del progetto preliminare, la trasmissione di quest'ultimo al Soprintendente unitamente alle indagini archeologiche preliminari; da notare che nel contesto di tali indagini va posta particolare attenzione ai dati di archivio e bibliografici, reperibili all'esito delle ricognizioni sui terreni e, per le opere a rete, alle fotointerpretazioni.

Dette indagini preliminari, descritte in dettaglio dalla norma, devono essere svolte dai Dipartimenti archeologici universitari o da professionisti laureati in archeologia ed iscritti in appositi albi.

Risulta particolarmente significativa la disposizione, contenuta nell'ultima parte dell'art. 95, comma 1, secondo cui tale adempimento non è necessario per gli interventi che non comportano nuove edificazioni o che comportano scavi a quote corrispondenti a quelle già impegnate da manufatti preesistenti.

Ai sensi del successivo comma 3, qualora, sulla base delle indagini preliminari il Soprintendente ne ravvisi la necessità, dà luogo agli ulteriori approfondimenti previsti nell'art. 96.

2. Questa seconda fase eventuale, prevista, come detto, dall'art. 96, si distingue a sua volta in due sottofasi:
  - a) la prima, da effettuarsi in sede di progettazione preliminare, consistente in:
    1. carotaggi; 2. prospezioni geologiche e geochimiche; 3. saggi archeologici per campionare l'area interessata;
  - b) la seconda, da effettuarsi in sede di progettazione definitiva ed esecutiva, consistente in sondaggi e scavi.

La procedura si conclude con la relazione archeologica definitiva, approvata dal Soprintendente e contenente le seguenti prescrizioni a seconda dell'esito ottenuto:

- a. l'accertamento dell'insussistenza dell'interesse archeologico nell'area interessata dai lavori e sufficienza, esclusivamente, dell'effettuazione dello scavo stratigrafico;
- b. l'accertamento di reperti per la cui conservazione e protezione sono possibili interventi di reinterro oppure di smontaggio-rimontaggio in altra sede;
- c. l'accertamento di complessi di particolare rilevanza storico-archeologica, per i quali è necessaria la tutela integrale e l'attivazione da parte del Ministero del procedimento di dichiarazione di interesse culturale. In tal caso, la gamma delle prescrizioni della Soprintendenza può evidentemente incidere sulla sostanza del

progetto, sino a giungere ad una pronunzia di non eseguibilità dei lavori sul sito interessato.

Si segnala, comunque, che la nuova disciplina contenuta nelle norme descritte non si applica ai progetti preliminari già approvati prima dell'entrata in vigore della legge n. 109/2005, e cioè prima del 26 giugno 2005 (art. 253, comma 18 del codice).

Nonostante l'esauriente disciplina normativa, la stessa non tiene conto di particolari ipotesi inerenti la materia degli appalti pubblici, nelle quali viene richiesta ai concorrenti in sede di gara non soltanto la presentazione di un'offerta economica, ma anche l'attività di progettazione.

Nell'appalto concorso e nella concessione di costruzione e gestione, l'amministrazione generalmente pone a base di gara un progetto preliminare e, sulla base di questo, i concorrenti elaborano la progettazione definitiva ed esecutiva che presentano in sede di gara. In questi casi è l'amministrazione a dover eseguire le indagini preliminari di prima fase di cui all'art. 95, in quanto correlate al progetto preliminare. Peraltro, ove queste diano esito positivo, nel senso che il Soprintendente ravvisi l'esigenza di dare luogo alle indagini di seconda fase di cui all'art. 96, si pone il problema se queste ultime [per la parte afferente alla progettazione definitiva ed esecutiva, di cui all'art. 96, comma 1, lettera b)] debbano essere eseguite da ciascun concorrente partecipante alla gara, ovvero se sia opportuno che le effettui l'amministrazione prima di bandire la gara, in modo da avere certezza circa l'eseguibilità dell'opera.

Per quanto la legge non dia indicazioni circa la procedura da attuare, in ossequio ai principi di economicità, trasparenza, certezza e non aggravamento degli oneri a carico dei privati, è da ritenere preferibile la soluzione secondo cui, nei casi in cui si renda necessario l'approfondimento delle indagini, sia l'amministrazione a doverle preventivamente effettuare. Infatti, come si è visto, detto approfondimento può condurre a prescrizioni assai significative inerenti le modalità di esecuzione dei lavori e può giungere, per i casi di particolare rilevanza, ad un giudizio di non eseguibilità nella zona interessata dai ritrovamenti.

Su tali presupposti, appare perciò del tutto logico che tale attività venga svolta dall'amministrazione preventivamente alla gara e non venga, invece, addossata a tutti i concorrenti, traducendosi tale onere in un ingiustificato aggravamento della loro posizione.

Particolari problemi si pongono anche con riferimento al project financing, nel quale a seguito dell'inserimento da parte dell'amministrazione nei suoi programmi di opere finanziabili con capitale privato, i soggetti interessati possono proporsi come promotori, presentando un proprio progetto preliminare, sulla base del quale successivamente ha luogo la complessa procedura prevista dagli articoli 152 e seguenti del codice.

Anche in questi casi, pur in assenza di una precisa indicazione legislativa, evidenti ragioni di coerenza logica ed economia amministrativa dovrebbero indurre le amministrazioni ad effettuare l'intera gamma delle indagini a monte dell'inserimento delle opere nei propri programmi, in modo da sollecitare la presentazione di progetti preliminari da parte dei potenziali promotori, sulla base della acquisita certezza che l'opera si possa realizzare ovvero si possa realizzare con particolari prescrizioni.

## **20. Disciplina specifica dei contratti sotto soglia**

Secondo la previsione generale dell'art. 121, ai contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria si applicano *in toto* le disposizioni della parte I (e cioè i principi generali, artt. 1-27), della parte IV (e cioè il contenzioso, artt. 239-246), della parte V (e cioè le disposizioni di coordinamento e transitorie, artt. 247-257); si applicano, inoltre, le disposizioni della parte II (e cioè quelle concernenti in generale la materia dei settori ordinari, comprese le norme relative ai contratti di rilevanza comunitaria, artt. 28-205), ma soltanto in quanto non derogate dalle norme specifiche del titolo II (artt. 121-125), concernenti appunto i contratti sotto soglia comunitaria.

In estrema sintesi, i punti oggetto di specifica disciplina (art. 122) attengono alla pubblicità e ai termini (commi 1-6), alla procedura negoziata (comma 7), alle opere a scomputo (comma 8), al criterio dell'esclusione automatica delle offerte anomale (comma 9), alla procedura ristretta semplificata (art. 123) ed, infine, ai lavori in economia (art. 125).

Per quanto concerne le norme sulla pubblicità e i termini, non vi sono particolari commenti da fare, trattandosi di disposizioni che non pongono dubbi interpretativi, ma richiedono soltanto un'attenta lettura, ai fini della loro puntuale applicazione. È da segnalare che risultano modificati e semplificati gli obblighi di pubblicità, in quanto vengono previste soltanto due fasce di importo:

- gli appalti di importo pari o superiore a 500.000 euro (ma ovviamente inferiori alla soglia comunitaria). Questi devono essere pubblicati sulla Gazzetta ufficiale italiana, sul "profilo del committente", e cioè sul sito informatico dell'ente appaltante (art. 3, comma 35), sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture, sul sito informatico dell'Osservatorio e, per estratto, su almeno uno dei quotidiani a diffusione nazionale, ovvero su uno dei quotidiani a maggior diffusione locale. Risulta, perciò di fatto, venuto meno l'obbligo di pubblicazione sul Bollettino ufficiale della Regione, precedentemente previsto per gli appalti di importo compreso tra 500.000 ed 1 milione di euro.
- gli appalti di importo inferiore a 500.000 euro. Questi sono pubblicati nell'albo pretorio del comune ove si eseguono i lavori (ove questi ricadano in più comuni è da ritenere che la pubblicazione vada fatta negli albi pretori di tutti i comuni interessati) e nell'albo dell'ente appaltante.

Viene, comunque, fatta salva la possibilità, per l'ente appaltante, di attuare forme di pubblicità aggiuntive rispetto a quelle stabilite dalla legge, onde realizzare una maggiore conoscenza della procedura e, perciò, una maggiore concorrenza.

Per quanto concerne le opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione ed il criterio dell'esclusione automatica, di tali argomenti si è già trattato rispettivamente ai precedenti paragrafi 2 e 18 della parte II.

Un cenno particolare richiedono le procedure negoziate relative agli appalti sotto soglia. L'articolo 122, comma 7 afferma che, in tal caso, sono applicabili *in toto* gli articoli 56 e 57, concernenti le procedure negoziate per gli appalti sopra soglia e di cui si è trattato al paragrafo 12 della parte II.

La disposizione però afferma che le procedure negoziate sono applicabili, oltre che nelle ipotesi previste dalle predette norme, “anche per i lavori di importo complessivo non superiore a 100.000 euro”. Ciò sta a significare che, per gli appalti inferiori a tale limite, le amministrazioni non sono vincolate alle ipotesi previste dagli artt. 56 e 57 (gara deserta, motivi di natura tecnica, lavori complementari etc.), ma possono attuare la procedura negoziata in qualsiasi altra ipotesi da loro ritenuta opportuna.

Pur nel silenzio della norma, è da ritenere che il provvedimento debba comunque essere motivato sulla base dei principi generali, che richiedono appunto la motivazione in tutti i casi che, in qualche modo, costituiscono deroga ad un principio generale.

È poi da ritenere che, relativamente alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando, questa come si è detto è possibile anche al di fuori dei casi previsti dall’art. 57, ma nel rispetto della disposizione procedurale di cui al comma 6 della stessa norma, che prevede un confronto concorrenziale tra almeno tre operatori economici, sempre che ovviamente siano rintracciabili in tale numero sul mercato degli appalti e sempre che le circostanze non siano tali da imporre l’affidamento diretto ad un determinato appaltatore.

Sostanzialmente invariata resta la procedura della licitazione privata semplificata, applicabile agli appalti di importo inferiore a 750.000 euro (oggi procedura ristretta semplificata), disciplinata dall’art. 23 della legge n. 109/1994 e 77 del D.P.R. n. 554/1999 ed ora trasfusa in un’unica norma del codice, e cioè l’art. 123.

Viene chiarito che la procedura ristretta semplificata può riguardare gli appalti aventi ad oggetto la “sola esecuzione”, restando così esclusi da tale procedura tutte quelle forme che prevedono attività progettuale da parte dell’appaltatore.

Il numero minimo dei concorrenti da invitare ad ogni procedura viene portato da trenta a venti. Rimane per il resto invariata la procedura, e cioè la pubblicazione dell’elenco dei lavori, da effettuare entro il 30 novembre di ogni anno; le domande da parte degli interessati, da formulare entro il 15 dicembre successivo; la formazione dell’elenco che la stazione appaltante deve attuare entro il 30 dicembre (anziché come nella precedente normativa il 31) ed, infine, l’ordine di iscrizione nell’elenco, da effettuare mediante sorteggio pubblico.

Da notare che resta fermo il numero massimo di domande da presentare, che per i consorzi e le associazioni di imprese è pari a 180, mentre per gli altri operatori economici è pari a 30.

Nella precedente disciplina era previsto che, in sede di domanda, dovesse essere prodotta la dichiarazione di non avere presentato domande eccedenti il numero massimo previsto. Tale prescrizione non risulta riprodotta all’art. 123, ma sostituita da una forma di controllo da parte dell’Osservatorio, al quale devono essere trasmessi, da parte delle amministrazioni che attuano la procedura, tutti gli elenchi di imprese. L’Osservatorio, mediante programma informatico, verifica il rispetto del numero massimo di elenchi in cui le imprese sono state inserite e, qualora accerti che tale numero è stato superato, dispone la cancellazione delle iscrizioni, avvenute successivamente al raggiungimento del numero massimo consentito.

Per il resto rimane immutata la disciplina secondo cui i soggetti inseriti in elenco sono invitati ad ogni gara, secondo l’ordine di iscrizione in elenco, e possono ricevere ulteriori inviti soltanto dopo che siano stati invitati tutti i soggetti inseriti nell’elenco stesso, in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti.

Sostanzialmente invariata resta, infine, la disciplina dei lavori in economia (art. 125), salve le seguenti modifiche:

1. restano immutate le tipologie dei lavori eseguibili in economia (comma 6), ma la manutenzione di opere e di impianti (lettera b) viene elevata da 50.000 a 100.000 euro;
2. per quanto riguarda il cottimo fiduciario, viene consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento per i lavori di importo inferiore a 40.000 euro, in luogo del precedente limite di 20.000 euro (art. 144 del D.P.R. n. 554/1999);
3. sempre relativamente al cottimo, per gli appalti di importo compreso tra 40.000 e 200.000 euro, viene stabilito l'obbligo per l'ente appaltante di procedere a consultazione, e cioè gara informale, tra almeno 5 operatori economici prescelti sulla base di indagini di mercato ovvero individuati in elenchi predisposti dallo stesso ente appaltante. Come si vede, risulta introdotta la possibilità per l'amministrazione di predisporre elenchi di operatori economici, ai quali devono essere iscritti i soggetti che ne facciano richiesta e che siano in possesso dei requisiti prescritti per l'assunzione di appalti pubblici.  
Sia nel caso in cui l'amministrazione opti per la scelta dei 5 operatori da consultare attraverso indagini di mercato, sia nel caso in cui opti per tale scelta, attingendo ai propri elenchi, deve rispettare i principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento, e perciò invitare ai cottimi successivi soggetti diversi da quelli invitati al cottimo precedente.

Si segnala, infine, la disposizione transitoria dell'art. 253, comma 22, che fa salve tutte le norme attuative dei lavori in economia, contenute nel D.P.R. n. 554/1999 (art. 88 ed art. da 142 a 148), non derogati dalle disposizioni del codice.

## ***21. Le concessioni di lavori pubblici***

La definizione di concessione di lavori pubblici resta inalterata, in quanto sostanzialmente l'unica forma di concessione prevista e consentita è quella di costruzione e gestione, quella cioè nella quale il corrispettivo per l'esecuzione dei lavori consiste nel diritto di gestire l'opera ricavandone i proventi ovvero in tale diritto, accompagnato da un prezzo.

La disciplina della concessione di costruzione e gestione risulta sostanzialmente inalterata e concerne due forme di realizzazione:

- a. la concessione affidata mediante gara, disciplinata dagli articoli 142-151;
- b. la concessione mediante promotore, disciplinata dagli articoli 152-160.

Si prescinde, pertanto, in questa sede dal farne un puntuale commento, ritenendosi invece necessario affrontare, alla luce della nuova normativa, il più generale problema delle modalità di scelta del concessionario e delle modalità di scelta da parte del concessionario degli esecutori dei lavori.



Il primo problema, e cioè quello della scelta del concessionario, non può prescindere dalla distinzione operata in più punti dal codice (in particolare, articoli 142, 148, 149) tra concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici e concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici.

I primi, e cioè i concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, si identificano con gli operatori economici che, a seguito di un regolare procedimento di gara, secondo quanto prima detto ai punti a e b, divengono titolari di una concessione di lavori pubblici. In tal caso, non v'è nessun dubbio che il concessionario che non è amministrazione aggiudicatrice debba obbligatoriamente essere prescelto dall'ente concedente attraverso una procedura concorsuale (artt. 144-147) ovvero attraverso la particolare procedura mediante promotore (artt.152-160).

I secondi, e cioè i concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, sono i soggetti di cui all'art. 3, commi 25 e 26, che enuncia sia amministrazioni pubbliche, sia organismi di diritto pubblico, e cioè società di diritto privato che perseguono interessi generali e sono sottoposte, in senso lato, a controlli pubblici. Ora, per quanto concerne le amministrazioni pubbliche in senso stretto che assumono veste di concessionari, non sembra rilevino le disposizioni del codice, considerato che tali disposizioni riguardano i rapporti tra soggetto pubblico e soggetti imprenditoriali. Nel caso, invece, di rapporti tra amministrazione concedente ed amministrazione concessionaria rilevano i principi generali del diritto amministrativo, in tema di delegazione intersoggettiva di pubbliche funzioni. Dunque, laddove il codice parla di concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, sostanzialmente fa riferimento agli organismi di diritto pubblico, e cioè a soggetti aventi forma societaria privatistica o a soggetti a questi assimilabili.

Con riferimento a tali ultimi soggetti, va ora affrontato il problema di verificare come debbano essere scelti dall'ente concedente i concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, secondo la definizione dell'art. 3, commi 25 e 26 del codice (si pensi alle concessioni autostradali, alle concessioni aeroportuali etc.). In tal caso, la questione trova chiara e razionale soluzione nella disposizione dell'art. 142, comma 3 del codice che, trattando della disciplina generale della concessione dei lavori pubblici (sezione I, disposizioni generali), stabilisce inequivocabilmente che alle concessioni "... si applicano ... le disposizioni del presente codice". Non sembra perciò dubbio che, d'ora in avanti, peraltro in conformità alla giurisprudenza comunitaria, i concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici debbano essere scelti con le forme di gara disciplinate dal codice.

Resta il problema relativo a quelle particolari concessioni che non sono concessioni di lavori, bensì soltanto concessioni di servizi, nelle quali cioè il concessionario espleta esclusivamente il servizio, facendo propri i proventi della gestione, eventualmente accompagnati da un prezzo da parte del concedente. Ebbene, anche in tal caso il codice non sembra lasciare dubbi, in quanto, partendo dalla definizione di concessione di servizi, di cui all'art. 3 comma 12, incentra la relativa disciplina nell'art. 30, che inequivocabilmente afferma che "la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi relativi ai contratti pubblici ed in particolare dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, ... previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti ...".

In definitiva, dunque, nel caso si tratti di concessione di lavori pubblici in senso stretto (nel quale il concessionario esegue i lavori e poi gestisce) il concessionario deve essere scelto secondo le predette norme concorsuali del codice; nel caso si tratti invece di concessione di servizi (perché il concessionario non esegue i lavori ma si limita a gestire un'opera esistente) il concessionario deve essere scelto con gara, seppure nella forma semplificata di cui all'art. 30, comma 3.

Il secondo problema da affrontare concerne le modalità attraverso cui il concessionario, sia esso amministrazione aggiudicatrice, sia esso non amministrazione aggiudicatrice, deve appaltare i lavori da affidare a terzi. Va, innanzitutto, evidenziata la disposizione di carattere generale (applicabile perciò ad entrambe le suddette ipotesi) di cui all'art. 146, che dà facoltà all'ente concedente di scegliere tra una delle seguenti due opzioni:

1. imporre al concessionario, con previsione negli atti di gara, l'affidamento a terzi di una percentuale non inferiore al 30% dell'importo globale dei lavori;
2. invitare i partecipanti alla gara a precisare nelle loro offerte la percentuale di lavori che appalteranno a terzi.

Sia nel primo, sia nel secondo caso, dunque, vi è la possibilità che il concessionario affidi a terzi la totalità dei lavori da eseguire. Inoltre, mentre nel primo caso vi è l'obbligo di appaltare a terzi la percentuale imposta dall'amministrazione, nel secondo caso la dichiarazione circa la percentuale da appaltare a terzi è soltanto eventuale, in quanto il candidato potrebbe non dichiararla ed eseguire l'intero lavoro direttamente; tale conclusione è suffragata dall'inciso "ove sussista", riferito alla percentuale, inciso che ha un senso soltanto ove si consideri l'indicazione di detta percentuale come meramente eventuale, in quanto rimessa alla volontà del candidato.

La norma non prevede l'ipotesi che nel bando l'ente concedente nulla dica circa gli appalti a terzi; in tal caso, è da ritenere che il concessionario sia libero di non appaltare alcunché a terzi ovvero di appaltare loro la percentuale dei lavori che ritenga opportuna.

Quanto alle modalità di affidamento degli appalti a terzi, il codice opera una netta distinzione tra concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici e i concessionari che non lo sono.

I primi, ai sensi degli artt. 142, comma 3 e 148, sono tenuti a rispettare rigorosamente *tout court* le norme ad evidenza pubblica contenute nel codice, sia sopra che sotto soglia.

I secondi hanno facoltà di operare con due diverse modalità:

1. appaltare a terzi i lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, applicando le norme in materia di pubblicità di cui all'art. 66 (art. 149, comma 1). Da notare che il successivo art. 150 stabilisce che, in tal caso, il bando debba contenere l'indicazione di tutti gli elementi previsti dal codice, e perciò di tutte le informazioni necessarie ad una puntuale e completa conoscenza del contenuto dell'appalto;
2. eseguire tramite le imprese collegate, intendendosi per imprese collegate quelle su cui il concessionario esercita un'influenza dominante o quella che esercita un'influenza

dominante sul concessionario ovvero quelle che, insieme al concessionario, sono soggette all'influenza dominante di una medesima impresa.

Il concetto di influenza dominante è descritto all'art. 149, comma 5 e corrisponde sostanzialmente alle situazioni di controllo, in quanto si presume nei casi in cui un'impresa detiene la maggioranza del capitale di altra impresa ovvero dispone della maggioranza dei voti dell'assemblea di altra impresa ovvero ancora ha facoltà di designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, direzione o vigilanza dell'altra impresa.

Per quanto concerne sia l'affidamento della concessione sotto soglia, sia gli affidamenti degli appalti sotto soglia a terzi, si ritiene rilevi, in entrambe i casi, l'art. 121, comma 1 del codice che, inequivocabilmente afferma l'applicabilità agli appalti sotto soglia dell'intera parte II e perciò anche delle disposizioni sulle concessioni. Ne consegue che, anche in tal caso, dovrà essere osservata la disciplina sin qui descritta, sia per la scelta del concessionario, sia per gli appalti che questo intende affidare a terzi.

Disposizione di particolare rilievo è la norma transitoria, contenuta all'art. 253, comma 25, secondo cui, per le convenzioni già assentite alla data del 30 giugno 2002, i concessionari sono tenuti ad appaltare a terzi una percentuale minima del 40% dei lavori. La disposizione suscita perplessità relativamente ai casi in cui il concessionario è un'amministrazione aggiudicatrice scelta non tramite gara, bensì in modo diretto. In tal caso, il tenore letterale della norma potrebbe indurre a ritenere che il concessionario sia libero di procedere ad affidamenti diretti (e perciò senza gara) a terzi del restante 60% dei lavori. Senonché tale interpretazione confliggerebbe con tutti i più elementari principi di trasparenza e concorrenza, sanciti dal Trattato UE; tra l'altro, risulta che l'Unione europea, in ordine a tale interpretazione, ha già messo in mora lo Stato italiano ex art. 226 del Trattato, nel presupposto che se un concessionario, scelto senza gara, potesse a sua volta affidare lavori senza gara, risulterebbero violati i fondamentali principi del Trattato.

Su tali presupposti, dunque, è da ritenere che anche nell'ipotesi dell'art. 253, comma 25, il soggetto concessionario (es., di una tratta autostradale), divenuto tale a seguito di una convenzione anteriore al 30 giugno 2002, e scelto senza gara, qualora non in grado di eseguire con la propria struttura, debba appaltare a terzi il 100% dei lavori; diversamente, avrebbe luogo l'aberrante fenomeno di un concessionario scelto senza gara, che a sua volta affida parte consistente dei lavori (fino al 60%) senza gara, con violazione dei più elementari principi sulla trasparenza, concorrenza e correttezza.

### ***Parte III: La disciplina dei settori speciali***

#### ***Premessa***

La parte III del codice dà attuazione alla direttiva 2004/17/CE che coordina le procedure di appalto nei c.d. settori speciali.

Si tratta di quei settori di attività tradizionalmente mantenuti distinti rispetto a quelli ordinari dalla disciplina comunitaria, in virtù del fatto che in essi operano soggetti aventi natura giuridica diversa, talvolta pubblica, talvolta privata, ciò che giustifica una regolamentazione maggiormente flessibile rispetto a quella ordinaria sugli appalti pubblici.

Si illustrano di seguito le principali innovazioni apportate dal codice alla disciplina vigente, di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, mettendo nel contempo in luce le differenze più evidenti rispetto alla disciplina contenuta nella parte seconda.

### **1. Ambito di applicazione**

- La prima grande differenza con la previgente normativa riguarda l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina.

Il Codice, infatti, con maggior aderenza alla disciplina comunitaria, non riproduce la disposizione di cui all'art. 8, comma 6 del d.lgs. n. 158/95 ed all'art. 2, comma 4, della legge n. 109/94, che stabiliva l'applicabilità della disciplina speciale, ovvero di quella ordinaria, in base alla tipologia degli appalti. Si prevedeva, infatti, l'applicazione del d.lgs. n. 158 ai lavori il cui contenuto fosse direttamente condizionato dalle specificità tecniche del settore; ricadevano, invece, sotto il regime della legge n. 109/94 le c.d. opere civili, individuate dal D.P.C.M. n. 517/1997.

Ciò significa che la regolamentazione è oramai unica per qualsiasi tipologia di opere realizzate dai soggetti che operano nei settori speciali.

La portata innovativa di tale scelta è, peraltro, attenuata dalle disposizioni in tema di qualificazione di cui si dirà in seguito, ma tuttavia ha importanti riflessi tanto sulle procedure di gara, quanto sull'esecuzione del contratto.

- Un'altra differenza con la precedente disciplina si riscontra anche in relazione alle attività considerate "settori speciali".

Dall'ambito di applicazione della nuova direttiva è, infatti, ora escluso il settore delle telecomunicazioni, e fa invece il suo ingresso il settore dei servizi postali.

In entrambi i casi, la causa della modifica di disciplina è riconducibile al grado di liberalizzazione raggiunto dal settore.

Nel campo delle telecomunicazioni può dirsi ormai avvenuta l'effettiva apertura della concorrenza del mercato, anche con riferimento all'infrastruttura. I soggetti operanti nel settore agiscono in regime di concorrenza tra loro e, pertanto, non trova più giustificazione l'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica ai contratti da essi stipulati.

Per quanto riguarda il settore dei **servizi postali**, si ricorda che esso era in passato assoggettato alla normativa ordinaria sugli appalti pubblici.

L'esigenza di creare la concorrenza in questa attività e di sviluppare un mercato dei servizi postali comunitari ne ha determinato l'inclusione nella più flessibile disciplina dei settori speciali.

Nel nostro ordinamento ciò si è già verificato con la legge comunitaria 2004 (Legge 18 aprile 2005, n. 62) che, in attesa del recepimento delle nuove direttive, ha stabilito l'applicazione al settore postale del d.lgs. n. 158/95.

Va, peraltro, tenuto presente che la direttiva all'art. 30, recepito pedissequamente dall'art. 219 del Codice, prevede una procedura di carattere generale diretta ad esonerare dall'applicazione della direttiva stessa quei settori di attività che divengano pienamente improntati alla libera concorrenza.

L'iniziativa, volta ad interessare la Commissione per consentire l'esonero di cui sopra, può partire dallo Stato, nella persona del Ministro per le politiche comunitarie, di concerto con il ministro competente, ovvero dagli enti aggiudicatori interessati; in quest'ultimo caso la Commissione ne informa immediatamente lo Stato interessato.

La Commissione, entro tre mesi, prorogabili fino ad un massimo di altri tre mesi, valuta se l'attività è esposta alla concorrenza sulla base di diversi criteri (caratteristiche dei beni e servizi interessati; esistenza di beni e servizi alternativi; i prezzi e la presenza, effettiva o potenziale, di più fornitori). In caso di decisione positiva ovvero, in caso di mancata decisione entro il predetto termine, gli appalti relativi al settore considerato non sono più soggetti alle procedure della direttiva 2004/17/CE, e quindi del Codice, e sono regolati dal diritto civile.

Esiste, infine, il caso in cui un mercato si presume liberamente accessibile ed è l'ipotesi in cui lo Stato abbia dato attuazione ed applichi la normativa comunitaria relativa al settore di riferimento. In tal caso la presunzione opera, a meno che la Commissione non dia una valutazione in senso contrario.

Nessuna modifica è stata introdotta relativamente agli altri settori e cioè:

- **Energia:** riguarda in particolare:

- a) la messa a disposizione o la gestione di reti fisse, destinate alla fornitura di un servizio al pubblico, in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di gas, energia termica, elettricità;
- b) l'alimentazione di tali reti con gas, energia termica, elettricità.

- **Acqua:** riguarda in particolare:

- a) la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico, in connessione con la produzione, il trasporto, la distribuzione di acqua potabile;

- b) l'alimentazione di tali reti con acqua potabile;
- c) i progetti di ingegneria idraulica, irrigazione, drenaggio, in cui il volume d'acqua destinato ad uso potabile rappresenti più del 20%;
- d) lo smaltimento o il trattamento delle acque reflue.

- **Trasporto:** riguarda in particolare:

- a) la messa a disposizione di una rete destinata a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo.

Si considera esistere una rete se il servizio è svolto in ottemperanza alle prescrizioni operative (tratta da servire, frequenza di servizio, ecc.) stabilite dalle autorità pubbliche competenti.

Non rientrano pertanto nell'ambito di applicazione della normativa le attività di trasporto gestite liberamente da privati.

- **Sfruttamento di area geografica:** riguarda in particolare:

- a) la prospezione o estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi;
- b) la messa a disposizione di aeroporti e porti marittimi o fluviali.

Con una disposizione innovativa rispetto alla previgente legislazione, il codice stabilisce l'applicabilità, ad un appalto che riguardi più settori di attività, delle norme relative all'attività principale cui è destinato. Tuttavia, vengono dettate delle regole per l'ipotesi in cui sia oggettivamente impossibile stabilire l'attività prevalente: nel caso di più attività disciplinate l'una dalla parte II del Codice, l'altra dalla parte III, prevale la più rigorosa normativa della parte II, ma l'ente aggiudicatore ha facoltà di richiedere ulteriori specifici requisiti di qualificazione per la parte di attività disciplinata dalla parte III; nel caso di più attività di cui una rientra nella parte III ed altra non soggetta alla disciplina del Codice, si applica comunque la disciplina della parte III.

- **Enti aggiudicatori** (art. 207)

Viene sostanzialmente riconfermato l'ambito di applicazione soggettivo del d.lgs. n. 158/95; la disciplina si applica infatti:

- a) alle amministrazioni aggiudicatrici, secondo la definizione contenuta nell'art. 3, comma 25;
- b) alle imprese pubbliche e cioè le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici esercitano un'influenza dominante in quanto detengono la maggioranza del capitale, ovvero controllano la maggioranza dei voti, ovvero nominano più della metà dei membri degli organi direttivi o di vigilanza (art. 3, comma 28);

- c) ai soggetti privati che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi in virtù di una legge, regolamento o concessione amministrativa.

Si tratta in sostanza dei titolari di concessioni aventi l'effetto di riservare l'esercizio di un'attività attribuita direttamente.

La Direttiva 2004/18/CE chiarisce che non vi rientrano, e devono perciò ritenersi esclusi dalle regole di evidenza pubblica, i soggetti che abbiano ottenuto una concessione mediante una regolare procedura di gara.

## **2. Soglie (art. 215)**

La nuova direttiva ed il codice semplificano notevolmente la disciplina delle soglie di applicazione, che il d.lgs. n. 158/95 diversificava in base alla tipologia dei soggetti aggiudicatori.

Ora il valore degli appalti cui si applica la parte III del codice è stabilito, indipendentemente dalla natura dell'ente aggiudicatore, in:

- a) 422.000 euro per le forniture ed i servizi;
- b) 5.278.000 euro per i lavori. Quest'ultima soglia coincide con quella prevista per i lavori dei settori tradizionali (parte II).

## **3. Esclusioni**

Tra i contratti ai quali, per espressa previsione, non si applica la disciplina del Codice, occorre evidenziare le concessioni di lavori e servizi e gli appalti aggiudicati ad imprese collegate.

- **Concessioni di lavori e di servizi (art. 216)**

In base all'art. 18 della Direttiva 2004/17/CE, il codice esclude dall'applicazione delle procedure in esso previste le concessioni di lavori e di servizi che il soggetto aggiudicatore intenda attribuire a terzi.

Ciò non significa, però, che esse possano essere affidate direttamente, perché, come hanno chiarito la giurisprudenza comunitaria e la Commissione nella comunicazione interpretativa del 12 aprile 2000, devono essere sempre osservati i principi del Trattato (trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità).

Detti principi implicano che i soggetti concedenti, pur godendo di ampia libertà nella scelta delle procedure da seguire, devono comunque rendere pubblica la propria intenzione di ricorrere ad una concessione, devono garantire che la scelta del candidato avvenga in base a criteri obiettivi e regole inizialmente stabiliti, devono evitare di richiedere requisiti sproporzionati rispetto all'oggetto della concessione.

Per quanto riguarda, in particolare, le concessioni di servizi, l'art. 216 del codice richiama l'applicazione dell'art. 30, relativo alle concessioni di servizi nei settori tradizionali, il quale, facendo riferimento ai principi desumibili dal Trattato, impone, però, una procedura specifica (gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione).

In sostanza la disciplina della concessione di servizi nei settori speciali e quella nei settori classici sono parificate. Dunque, concludendo:

- per la concessione di servizi, si applica sempre l'art. 30, indipendentemente dalla natura del soggetto concedente;
- per la concessione di lavori da parte di soggetti operanti nei settori speciali, si applicano i principi del Trattato.

- **Appalti stipulati con imprese collegate (art. 217)**

Un altro caso di esclusione dalla procedura del Codice, riguarda l'affidamento diretto (e cioè senza gara) da parte di un ente aggiudicatore ad un'impresa collegata.

Si tratta di una deroga alle procedure di evidenza pubblica che la direttiva 93/38 ed il d.lgs. n. 158/95 già prevedevano esclusivamente per gli appalti di servizi e che trovava la sua ratio nel fatto che spesso, nell'ambito di un gruppo industriale, vi sono imprese la cui attività principale consiste nel prestare servizi alle società appartenenti al medesimo gruppo, e che pertanto operano come organizzazioni interne al gruppo stesso, considerato come soggetto industriale unitario.

Ora, con la direttiva 2004/17/CE, recepita dal Codice, la deroga si estende anche ai lavori ed alle forniture.

Le condizioni che legittimano l'affidamento diretto, e che devono coesistere contestualmente, sono le seguenti:

- a) esistenza di un rapporto di collegamento tra il soggetto aggiudicatore e chi realizza i lavori (la fornitura o il servizio).

Nel caso di soggetti aggiudicatori tenuti a redigere il bilancio consolidato ai sensi del d.lgs. n. 127/1991 (società di capitali o enti pubblici che esercitano un'attività commerciale) il rapporto di collegamento sussiste con qualsiasi impresa i cui conti annuali siano consolidati con quelli del soggetto aggiudicatore stesso. In sostanza il rapporto di collegamento coincide con quello di controllo, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, numeri 1) e 2) del codice civile (società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti, ovvero dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante).

Nel caso, invece, di enti non soggetti al d.lgs. sopra indicato, si considera impresa collegata qualsiasi impresa sulla quale il soggetto aggiudicatore possa esercitare un'influenza dominante o perché ne detiene la maggioranza del capitale, o perché ne controlla la maggioranza dei voti, o perché nomina la maggioranza dei componenti gli organi di direzione o di vigilanza dell'impresa;

- b) realizzazione di almeno l'80% del fatturato medio da parte dell'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo dei lavori (forniture o servizi) con attività svolta nei confronti del soggetto aggiudicatore o delle altre società del gruppo.

Nel caso di impresa collegata di nuova costituzione, per la quale non sia disponibile il fatturato degli ultimi tre anni, basta che l'impresa dimostri, in base a proiezioni dell'attività, che probabilmente realizzerà almeno l'80% del proprio fatturato a favore



dell'ente aggiudicatore o delle imprese del gruppo. Tale disposizione consente, perciò, non solo di svolgere all'interno del gruppo determinate attività mediante società esistenti, ma anche di costituire ex novo società da destinare all'espletamento di funzioni al servizio del gruppo stesso.

Come si vede con la disposizione in esame siamo di fronte, per quel che riguarda i lavori, ad un'ipotesi di "in house construction" assai più ampia di quella che la giurisprudenza comunitaria consente nei settori tradizionali: manca, infatti, il vincolo della riconducibilità all'ente aggiudicatore della proprietà dell'intero capitale, né si richiede che l'ente aggiudicatore eserciti sulla società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi interni, essendo, viceversa, sufficiente che l'ente aggiudicatore eserciti sull'impresa esecutrice un'influenza dominante.

E' indubbio, pertanto, che si tratta di una disposizione avente un forte impatto sulla concorrenza e che, se non utilizzata in modo equilibrato, potrebbe generare un notevole restringimento del mercato.

#### **4. Procedure di gara**

In merito alle procedure di scelta del contraente il codice non introduce innovazioni significative rispetto alla previgente disciplina, salva l'introduzione del dialogo competitivo.

L'accordo quadro era invece già presente nella disciplina del d.lgs. n. 158/95.

Rispetto alla normativa dei settori tradizionali, si deve segnalare una diversa disciplina della procedura negoziata, che risulta meno restrittiva sotto due profili.

a) Innanzitutto la procedura negoziata, previa indizione di gara, non è circoscritta ad ipotesi specifiche, ma è esercitabile a discrezione dell'ente aggiudicatore.

L'art. 220, infatti, pone sullo stesso piano le procedure aperte, le procedure ristrette e quelle negoziate.

L'ente aggiudicatore è totalmente libero nello scegliere una delle tre procedure e neppure valgono i criteri preferenziali indicati dal codice per l'utilizzazione delle procedure ristrette all'art. 55, comma 2, dato che tale specifica disposizione non è richiamata dall'art. 206 tra le norme della parte II applicabili ai settori speciali. In relazione alle procedure ristrette è, invece, espressamente richiamato il comma 6 dell'art. 55, che impone ai soggetti aggiudicatori di invitare a presentare offerta tutti i soggetti qualificati che ne abbiano fatto richiesta.

b) In secondo luogo, anche la disciplina della procedura negoziata senza previa indizione di gara, è meno angusta della corrispondente normativa relativa ai settori tradizionali, pur rimanendo essa configurata sempre come una procedura eccezionale, ammissibile in ipotesi tassativamente determinate. In particolare:

- oltre ai casi previsti dall'art. 57 (ripresi nell'art. 221), è ammessa anche nell'ipotesi di appalto destinato solo a scopi di ricerca, sperimentazione, studio o sviluppo;
- i lavori complementari sono ammessi anche quando superino il 50% dell'importo iniziale del contratto;

- la ripetizione di lavori simili affidati all'impresa titolare del primo appalto (aggiudicato a seguito di gara) è consentita anche oltre i tre anni successivi alla stipulazione del contratto originario;
- infine, non è prevista la prescrizione per la stazione appaltante, nelle ipotesi diverse da quelle di affidamento ad un operatore economico determinato, di selezionare, tramite consultazioni informali, tre imprese, invitandole a presentare le offerte che saranno oggetto di negoziazione.

Relativamente agli accordi quadro, che, come detto erano già previsti dalla direttiva n. 93/38 e dal d.lgs. n. 158/95, la disciplina è assai scarna e meno proceduralizzata di quella corrispondente nel campo dei settori tradizionali. Pertanto, nei settori speciali vige una maggiore libertà di procedure nella conclusione di tale tipologia di contratti e d'altra parte l'applicabilità di tale figura non è circoscritta, come nei settori ordinari (art. 59) ai lavori di manutenzione o a quelli connotati da serialità.

E' però ribadito il principio secondo cui un appalto basato su un accordo quadro può essere affidato con procedura negoziata non preceduta da gara, solo se l'accordo quadro sia stato aggiudicato con procedura di gara.

## **5. Pubblicità**

Come nel previgente sistema normativo, nel campo dei settori speciali la pubblicità è attuata mediante tre strumenti:

- l'avviso periodico indicativo;
- l'avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione;
- il bando di gara.

1. Con l'avviso periodico indicativo l'ente aggiudicatore rende note le caratteristiche essenziali dei lavori di importo superiore alla soglia comunitaria che intende appaltare nei successivi 12 mesi.

E' pubblicato possibilmente entro il 31 dicembre di ogni anno, ma comunque dopo l'adozione della decisione che autorizza il programma dei lavori.

La pubblicazione avviene presso la Commissione o sul sito informatico dell'ente aggiudicatore (che in tal caso avvisa la Commissione), nonché sui siti informatici del Ministero delle Infrastrutture e dell'Osservatorio presso l'Autorità di vigilanza.

La pubblicazione è, però, obbligatoria solo se gli enti aggiudicatori si avvalgono della facoltà di ridurre i termini di ricezione delle offerte.

L'avviso periodico può avere una doppia funzione:

- a) di generica preinformazione;
- b) sostitutiva del bando di gara (solo per le procedure ristrette o negoziate). Tale intenzione deve essere espressa chiaramente con l'indicazione specifica dei lavori oggetto di gara e con l'invito agli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse per iscritto.

Prima di iniziare la selezione dei candidati gli enti aggiudicatori li invitano a confermare il loro interesse in base ad informazioni particolareggiate sull'appalto.

2. L'avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione (di cui si dirà al successivo paragrafo) va pubblicato nell'ipotesi in cui l'ente aggiudicatore abbia istituito un sistema di qualificazione proprio.  
Va trasmesso alla Commissione e pubblicato sulla G.U. e sui vari siti informatici.
3. Nel caso in cui la gara venga indetta mediante un bando, si seguono le stesse regole di pubblicità previste dall'art. 66 per i settori ordinari.

## **6. Qualificazione**

Una delle più rilevanti differenze con la disciplina dei settori tradizionali (ma già presente nella normativa del d.lgs. n. 158/95) è la possibilità degli enti aggiudicatori operanti nei settori speciali di istituire un proprio sistema di qualificazione. Una volta costituito un elenco di soggetti qualificati sulla base di tale sistema, gli enti aggiudicatori possono invitare direttamente, senza pubblicazione di un bando di gara, i candidati ad una procedura ristretta o negoziata, selezionandoli tra le imprese iscritte nell'elenco.

Il codice pone, però, alcune precise condizioni per l'operatività del sistema sopra descritto.

- a) In primo luogo il sistema di qualificazione deve conformarsi ai criteri di qualificazione che saranno fissati dal nuovo regolamento previsto dall'art. 5. Poiché, per espressa disposizione dell'art. 253, comma 3, fino all'entrata in vigore del nuovo regolamento continua ad applicarsi, per gli aspetti relativi alla qualificazione, il D.P.R. n. 34/2000, sono i criteri individuati da tale atto normativo che dovranno improntare i sistemi di qualificazione adottati dai singoli enti, fino all'entrata in vigore del nuovo regolamento.  
La disposizione viene quindi a restringere fortemente l'ambito di discrezionalità riservato alle singole amministrazioni o imprese nell'attuazione del proprio sistema di qualificazione. L'espressione usata dal legislatore induce infatti a ritenere che tali sistemi particolari non possano sostanzialmente discostarsi da quello generale nella individuazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (cifra d'affari in lavori, lavori eseguiti, attrezzature, organico medio, ecc.), essendo, invece, liberi di determinarne l'entità e l'eventuale contenuto specifico.  
Si ritiene, inoltre, che possano essere stabiliti ulteriori requisiti di carattere tecnico, strettamente collegati alla specificità del settore nel quale opera il soggetto aggiudicatore.  
In altri termini, quest'ultimo ha la possibilità di richiedere, oltre la qualificazione necessaria per eseguire una certa tipologia di opere, taluni ulteriori requisiti, giustificati dalle caratteristiche tecniche specifiche dell'opera o dalle modalità operative dei lavori (ad es. lavori effettuati in presenza di traffico ferroviario che richiedono macchinari specifici e personale altamente specializzato).
- b) I sistemi di qualificazione devono essere aperti e permanenti, nel senso che ogni operatore interessato può in qualsiasi momento presentare domanda di qualificazione corredata della necessaria documentazione. L'ente aggiudicatore ha l'obbligo di decidere sull'ammissione richiesta entro un congruo termine, dandone comunicazione al richiedente e motivando l'eventuale esclusione. L'operatore economico può essere escluso solo per ragioni fondate sui criteri di qualificazione.

- c) Il sistema di qualificazione deve essere basato su criteri e norme oggettivi, resi disponibili alle imprese interessate. Deve in ogni caso prevedere i requisiti di ordine generale (cause di esclusione) di cui all'art. 38.
- d) Qualora un'impresa voglia qualificarsi utilizzando i requisiti di capacità economica o tecnica di altre imprese (c.d. avvalimento), si applicano tutte le condizioni previste dall'art. 50. Si nota, in proposito, che il codice ha adottato la scelta più rigorosa di consentire l'avvalimento solo tra le imprese infragruppo, laddove la direttiva n. 2004/17, lo consente anche tra imprese prive di collegamento.
- e) Il sistema di qualificazione, proprio in quanto sistema aperto alla partecipazione di tutte le imprese, deve avere la necessaria pubblicità: è previsto, infatti, un avviso relativo alle sue modalità di funzionamento da pubblicare sulla Gazzetta Ufficiale, sui vari siti informatici e da trasmettere alla Commissione europea.

Il sistema di qualificazione è, come detto, facoltativo.

I soggetti aggiudicatori che non vogliono esercitare detta facoltà, se sono amministrazioni aggiudicatrici, utilizzano il sistema di qualificazione ordinario (attestazione Soa); se si tratta di imprese pubbliche o soggetti privati titolari di diritti di esclusiva, possono utilizzare il sistema di qualificazione ordinario, ovvero possono accertare i requisiti di capacità economica e tecnica delle imprese gara per gara, sulla base di criteri indicati nel bando. Detti criteri devono essere stabiliti nel rispetto dei principi desumibili dalla normativa del codice in tema di qualificazione.

Come si vede anche in questa ipotesi la discrezionalità dei soggetti aggiudicatori incontra dei limiti. Tuttavia, il riferimento ai soli "principi" desumibili dalla normativa primaria fa ritenere che sussista un margine di libertà nell'individuazione degli stessi requisiti di qualificazione e degli strumenti atti a dimostrarli. Naturalmente tale discrezionalità va esercitata nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, sia in relazione all'entità delle prestazioni da richiedere, sia in relazione alla composizione del mercato di riferimento (art. 233, comma 1).

Va infine sottolineato che, qualunque sia il sistema di qualificazione prescelto, le cause di esclusione sono sempre quelle tassativamente indicate nell'art. 38 e le condizioni in base alle quali un'impresa può avvalersi dei requisiti di altra impresa ai fini della qualificazione (avvalimento) sono in ogni caso quelle prescritte dagli artt. 49 e 50.

Riepilogando, ai fini della qualificazione la normativa sui settori speciali prevede le seguenti possibilità:

1. per le amministrazioni aggiudicatrici:
  - a) istituzione di un proprio sistema di qualificazione;
  - b) utilizzazione del sistema di qualificazione Soa.
2. per le imprese pubbliche ed i soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi:
  - a) istituzione di un proprio sistema di qualificazione;
  - b) utilizzazione del sistema di qualificazione Soa;

- c) qualificazione gara per gara.

I requisiti di ordine generale sono sempre quelli previsti dall'art. 38.

L'avvalimento è sempre regolato dagli artt. 49 e 50.

Infine, sempre in tema di qualificazione occorre ricordare la previsione secondo cui il nuovo regolamento stabilirà eventuali ulteriori requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria per l'esecuzione dei lavori nei settori speciali, anche al fine dell'attestazione Soa.

## **7. Appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria**

Un'importante innovazione apportata dal codice riguarda l'espressa previsione della disciplina applicabile all'affidamento dei contratti sotto soglia comunitaria da parte dei soggetti operanti nei settori speciali, per i quali nella previgente normativa esistevano notevoli incertezze.

La disciplina è diversa in base alla tipologia del soggetto appaltante.

- a) Per le amministrazioni aggiudicatrici, vengono estese le disposizioni della parte III del Codice, e dunque la stessa disciplina degli appalti sopra soglia, con talune semplificazioni in tema di termini (ridotti della metà), e pubblicità (è esclusa la pubblicità in ambito sopranazionale e si richiama la disciplina dei contratti sotto soglia nei settori ordinari).

Ai lavori in economia si applicano le disposizioni della parte II.

Per quanto riguarda la disciplina delle offerte anomale, non è prevista la facoltà di avvalersi dell'esclusione automatica delle offerte che si pongono al di sopra della soglia di anomalia. Infatti, l'art. 122, comma 9, non è richiamato dalle disposizioni del titolo III, mentre fra le norme della parte II applicabili ai settori speciali sono espressamente richiamati gli artt. 86, 87 e 88 relativi alla verifica della congruità delle offerte.

Dunque, anche per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, le amministrazioni che operano nei settori speciali dovranno procedere alla valutazione dell'offerta in contraddittorio con l'impresa interessata.

- b) Le imprese pubbliche ed i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi applicano la disciplina stabilita nei propri regolamenti che deve essere comunque conforme ai principi del Trattato.

## **8. Normativa comune ai settori ordinari**

L'art. 206 richiama talune disposizioni della parte II del codice applicabili ai contratti dei soggetti che operano nei settori speciali: per tali aspetti, che non sono di secondaria importanza, la disciplina è dunque identica a quella dei settori ordinari.

Tra le disposizioni comuni si ricordano quelle su: i soggetti partecipanti alle gare (art. 34); i consorzi stabili (artt. 35 e 36); le associazioni temporanee di imprese (art. 37); le cause di esclusione (art. 38); la cessione d'azienda (art. 51); la possibilità per i contratti di appalto di

avere ad oggetto anche la progettazione, oltrechè l'esecuzione, dei lavori ed avere un corrispettivo a misura, oltrechè a corpo (art. 53, commi 1, 2, 3 e 4); le procedure aperte o ristrette (art. 55); il dialogo competitivo (art. 58); i criteri di aggiudicazione (artt. 81, 82, 83 e 84); l'asta elettronica (art. 85); la verifica delle offerte anomale (artt. 86, 87 e 88); il subappalto (art. 118); i piani di sicurezza (art. 131).

Tra le disposizioni sopra richiamate assume particolare importanza il rinvio all'art. 85 in ordine alla disciplina delle aste elettroniche, che risulta pertanto identica tanto nei settori ordinari quanto in quelli speciali.

Viene quindi procedimentalizzata e circoscritta entro precise modalità l'attività di taluni soggetti aggiudicatori che già utilizzavano questa forma di aggiudicazione in piena libertà.

Particolarmente significativa risulta l'indicazione legislativa secondo cui l'asta deve svolgersi in un'unica seduta e con predeterminazione nel bando dell'ora di chiusura, ciò che limita fortemente la possibilità di rilanci progressivi.

Infine, l'art. 206 indica tra le norme applicabili ai contratti dei settori speciali le disposizioni di cui alle parti I (principi comuni), IV (contenzioso) e V (disposizioni di coordinamento, finali e transitorie).

In questo modo vengono ad estendersi al settore in argomento istituti e principi di carattere generale, quali il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, il controllo dell'Autorità di vigilanza, l'organizzazione dell'attività contrattuale delle amministrazioni aggiudicatrici attraverso la figura del responsabile del procedimento e l'individuazione delle varie fasi delle procedure di affidamento e relativi controlli; il diritto di accesso agli atti, le regole che disciplinano i contratti misti, le procedure per risolvere il contenzioso.

Sotto questi profili, il codice opera una notevole omogeneizzazione della disciplina degli appalti, laddove nella disciplina previgente l'uniformità era limitata alla tipologia di opere (c.d. opere civili) individuate dal D.P.C.M. n. 517/97.

## ***9. Esecuzione dei lavori***

Il codice non contiene disposizioni in materia di esecuzione dei contratti stipulati dai soggetti operanti nei settori speciali, salvo il richiamo alla normativa sul subappalto (art. 118) ed a quella relativa ai piani di sicurezza (art. 131).

Nel sistema normativo antecedente si applicava alle opere c.d. civili la disciplina della legge Merloni, con esclusione delle disposizioni del Regolamento e del Capitolato generale.

Ora, in assenza di disposizioni specifiche e di richiami alla disciplina ordinaria è da ritenere che i soggetti aggiudicatori siano liberi di stabilire il contenuto del contratto anche attraverso la predisposizione di "condizioni generali", aventi valore di clausole contrattuali predisposte. E ciò per qualsiasi tipologia di opera.

Nulla vieta agli enti aggiudicatori di fare riferimento alla disciplina del contratto stabilita nella parte II del Codice, ma anche in tal caso le disposizioni avranno natura di clausole contrattuali

con la conseguenza che, ai fini della loro interpretazione, si applicheranno le regole del codice civile.

Quanto sopra detto riguarda tutti gli aspetti relativi al rapporto contrattuale, con riferimento quindi alle garanzie di esecuzione e coperture assicurative; alle varianti in corso d'opera; agli effetti delle cessioni di aziende e trasformazioni societarie dopo la stipula del contratto; alla cessione dei crediti; alla disciplina economica; al recesso ed alla risoluzione del contratto; alla direzione lavori ed al collaudo.

## ***Parte IV: Contenzioso***

### ***1. Accordo bonario e transazione come mezzo di risoluzione delle riserve***

Sostanzialmente invariata è rimasta la disciplina dell'accordo bonario, trasfusa nell'art. 240 del codice, in base alla quale, qualora l'importo delle riserve formulate dall'appaltatore sui documenti contabili ecceda il 10% dell'importo dell'appalto, il responsabile del procedimento, su impulso del direttore dei lavori, avvia appunto la procedura finalizzata all'eventuale conclusione dell'accordo bonario. Peraltro, viene confermata la disposizione che stabilisce che il responsabile del procedimento debba preliminarmente valutare l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve, ai fini del raggiungimento del predetto limite del 10%. Ciò sta a significare che, qualora ritenga le riserve anche in parte inammissibili ovvero anche in parte manifestamente infondate (sicché a seguito di tale giudizio non viene raggiunto il valore del 10%), non deve dare luogo all'avvio del procedimento, comunicando tale sua motivata decisione all'appaltatore.

La disposizione, evidentemente, tende a scoraggiare formulazione di riserve strumentali, e cioè avanzate esclusivamente allo scopo di raggiungere l'importo del 10% del valore del contratto, in modo da attivare il procedimento di risoluzione tramite accordo bonario. Il giudizio di inammissibilità riguarda la mancata tempestiva formulazione, e perciò la decadenza dalla pretesa; quello di non manifesta infondatezza concerne, invece, il merito della pretesa stessa e va inteso nel senso che, qualora al responsabile del procedimento, a seguito di una prima sommaria istruttoria, permangano dubbi, tali cioè da non consentirgli di ritenere con certezza infondate le pretese, deve avviare il procedimento.

Come si vede, il procedimento finalizzato all'accordo bonario è caratterizzato nei suoi presupposti da delicate valutazioni e comunque è un procedimento oneroso e complesso. In un'ottica semplificatrice, il codice ha perciò introdotto una disposizione, e cioè l'art. 239, che consente alle amministrazioni di definire transattivamente le questioni oggetto di riserve, anche al di fuori dei casi in cui è previsto il procedimento di accordo bonario. Ciò sta a significare che la soluzione transattiva delle controversie è possibile, relativamente a pretese che non raggiungano il 10% dell'importo dell'appalto. Invece, allorché la pretesa raggiunga tale limite ed il responsabile del procedimento non esprima, come sopra detto, una valutazione pregiudiziale di inammissibilità o manifesta infondatezza, ha senz'altro luogo il procedimento di accordo bonario, in quanto, considerata la rilevanza del *petitum*, lo stesso è articolato in

passaggi procedurali e forme decisionali mirate ad assicurare maggiori garanzie, in ordine alla correttezza delle valutazioni, e perciò della definizione della vertenza.

La transazione può avere luogo o su iniziativa dell'impresa, che formula una proposta al riguardo, ovvero su iniziativa dell'amministrazione.

Nel primo caso, la proposta dell'impresa viene esaminata dal competente dirigente dell'amministrazione, il quale, dopo avere acquisito il parere obbligatorio del responsabile del procedimento, sottopone la questione con la propria proposta all'organo deliberante dell'ente appaltante per la decisione definitiva.

Nel secondo caso, il dirigente dell'amministrazione può egli stesso assumere l'iniziativa e, previa audizione dell'impresa, formulare alla stessa una proposta transattiva; naturalmente, in tal caso, la proposta non ha carattere di definitività, in quanto l'accordo transattivo, ove raggiunto, è comunque soggetto ad approvazione da parte dell'organo deliberante dell'ente, salva l'ipotesi (peraltro del tutto remota) che quest'ultimo non abbia espressamente delegato il dirigente a concludere in modo definitivo la transazione, dandogli le direttive del caso.

In ogni caso, e cioè sia quando l'iniziativa venga assunta dall'impresa, sia quando venga assunta dall'amministrazione, allorché l'importo della transazione ecceda l'importo di 100.000 euro, è sempre necessario il preventivo parere dell'avvocatura dell'ente appaltante (e cioè dell'avvocatura dello Stato o della Regione per gli enti che si avvalgono di queste e, negli altri casi, del servizio di avvocatura interna, ove sussista) ovvero, per gli enti che non abbiano alcuna forma istituzionale di avvocatura, del funzionario più alto in grado, competente e responsabile, nell'ambito della struttura organizzativa, della materia del contenzioso.

È da ritenere che il parere sopra detto abbia natura giuridica di parere obbligatorio, ma non vincolante, pur non potendosi disconoscere, sul piano pratico, la sua rilevanza, connessa alla specifica competenza in materia del soggetto che lo emette.

Sul piano sostanziale, va ricordato che la transazione è il contratto con il quale le parti prevengono una lite o pongono fine ad una lite insorta, facendosi reciproche concessioni (art. 1965 cod. civ.). Correlando quest'ultima nozione alla materia *de qua*, sembra potersi affermare che, a fronte della pretesa formulata dall'impresa con la riserva, l'amministrazione debba formarsi, attraverso i passaggi procedurali prima detti, un suo convincimento circa l'entità del *petitum* spettante e, successivamente, in rapporto al margine di dubbio che permanga in ordine alla maggior somma richiesta, tentare la chiusura transattiva ad un importo intermedio, che tenga conto dei possibili rischi connessi ad un contenzioso giurisdizionale e di eventuali altri elementi sensibili per il perseguimento degli interessi della collettività.

Va ricordato che le reciproche concessioni possono riguardare anche rapporti diversi da quello specifico, che ha formato oggetto della pretesa. In base a tale principio, l'amministrazione in luogo del *petitum* o di parte di esso, potrebbe, ad esempio, concedere un maggior termine di ultimazione, disapplicare la penale, rinunciare a far valere modeste imperfezioni all'opera non incidenti sulla sua funzionalità etc..



Non si può, infine, disconoscere che nella materia in questione, essendo una delle due parti un soggetto pubblico, la soluzione transattiva delle vertenze assume connotati di particolare delicatezza, visto che l'amministrazione non può *ad libitum* fare concessioni patrimoniali, né rinunciare a suoi diritti. È, perciò, da ritenere che la transazione debba avere alla propria base un'articolata istruttoria, sia sull'*an*, sia sul *quantum* e che le concessioni o rinunce dell'amministrazione debbano essere fondate su un ragionevole margine di dubbio, che la inducano a ritenere che un eventuale contenzioso giurisdizionale potrebbe avere esiti maggiormente pregiudizievoli della transazione stessa.

## ***Parte V: Disposizioni di coordinamento, finali e transitorie – abrogazioni***

### ***1. Norme transitorie***

La disposizione transitoria essenziale è quella contenuta al 1° comma dell'art. 253, in base al quale il codice trova applicazione relativamente alle gare ed ai contratti, i cui bandi siano pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore, e perciò successivamente al 1° luglio 2006; relativamente alle ipotesi di gare senza preventiva pubblicazione di bando (esempio: procedura negoziata senza preventiva pubblicazione del bando) viene stabilito che il codice trova applicazione, qualora i relativi inviti siano inviati successivamente al 1° luglio 2006.

Per quanto concerne il nuovo regolamento generale di attuazione del codice e la perdurante vigenza, nelle more dell'approvazione di questo, delle norme di cui al D.P.R. n. 554/1999 e al D.P.R. n. 34/2000, nonché del capitolato generale di appalto di cui al D.M. n. 145/2000 fino all'emanazione del nuovo capitolato generale, si rinvia a quanto detto al paragrafo 2 della parte I.

Diretta applicazione di quanto ora detto è la norma di cui al successivo comma 9, secondo cui, per quanto concerne i requisiti delle associazioni temporanee di imprese e dei consorzi ordinari, fino all'emanazione del nuovo ordinamento, continuano ad avere piena applicazione le disposizioni contenute nei commi da 1 a 7 dell'art. 95 del D.P.R. n. 554/1999 e perciò per esempio, per quanto riguarda le associazioni orizzontali, l'esigenza che l'impresa mandataria posseda i requisiti nella misura minima del 40 % e che ciascuna mandante posseda i requisiti nella misura minima del 10%, fermo restando che la somma dei requisiti delle imprese associate copra l'importo a base di gara.

Particolare rilevanza ha sul piano pratico la disposizione di cui al comma 21, che demanda ad un successivo decreto, da emanarsi da parte del Ministro delle infrastrutture d'intesa con l'Autorità di vigilanza, le modalità di verifica della veridicità dei certificati dei lavori pubblici e delle fatture utilizzati ai fini del rilascio delle attestazioni SOA (in relazione ai lavori privati, ai sensi dell'art. 25, comma 5 lettera c) del D.P.R. n. 34/2000) relativamente alle attestazioni rilasciate alle imprese dalle SOA nel periodo intercorso tra il 1° marzo 2000 ed il 1° luglio 2006. La disposizione precisa che, una volta emanato il decreto, la verifica deve essere conclusa entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto stesso. Infine, per quanto la disposizione non sia particolarmente precisa, è da ritenere che tale verifica sia demandata

all'Autorità di vigilanza, in quanto istituzionalmente preposta al controllo sull'attività delle SOA.

Per quanto, infine, riguarda norme transitorie particolari riguardanti specifici istituti, se ne è fatto cenno nella presente circolare, trattando di questi ultimi, cui pertanto si fa rinvio (opere a scomputo di urbanizzazione secondaria sotto soglia - comma 8 -; verifica preventiva dell'interesse archeologico - comma 18 -; lavori in economia - comma 22 -; concessioni già assentite alla data del 30 giugno 2002 - comma 25 -).

## ***2. Eventuale sospensione di alcuni istituti del codice fino al 1° febbraio 2007***

Si segnala, infine, che - a quanto si è appreso nelle sedi competenti -, in sede di conversione del D.L. 12 maggio 2006, n. 173 (Proroga di termini di varia natura), con ogni probabilità verrà approvata una disposizione che sospenderà fino al 1° febbraio 2007 alcune disposizioni del codice ed in particolare quelle concernenti i seguenti istituti:

- a) centrali di committenza (art. 33, commi 1 e 2);
- b) dialogo competitivo (art. 58);
- c) accordi quadro, ma limitatamente ai settori ordinari (art. 59);
- d) avvalimento, ma limitatamente al comma 10 dell'art. 49;
- e) procedure negoziate (articoli 56 e 57) limitatamente ai settori ordinari;
- f) appalto integrato e appalti con attività di progettazione in sede di gara, da parte dei concorrenti (art. 53, commi 2 e 3) limitatamente ai settori ordinari.

Si tratta, come è evidente, di istituti relativamente ai quali il nuovo codice, in aderenza alle direttive comunitarie, ha ampliato i margini di discrezionalità della pubblica amministrazione, circostanza questa che, con ogni probabilità, ha indotto il Governo a ritenere necessario un periodo di ulteriore riflessione finalizzato a verificare se sia opportuno restringere tali margini di discrezionalità, a garanzia di una maggiore obiettività dell'azione amministrativa.

Allorché la proroga verrà definitivamente approvata, si provvederà a dare tempestiva informazione con eventuali note di commento circa la portata del provvedimento.