



*Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici
di lavori, servizi e forniture*

Federazione Regionale Ordine degli Ingegneri della Toscana

**Lucca, 22 giugno 2007: Convegno sul tema “Il sistema dei lavori pubblici
tra norma nazionale e legislazione regionale: prospettive e criticità”**

**Procedure di scelta del contraente, norme in materia di progettazione ed
affidamento dei servizi di ingegneria**

(ing. Carlo Cresta)¹

1. Attività di progettazione nel Nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n.163/2006)

Prima della legge 109/94, non tanto per carenza di disposizioni normative, ma soprattutto per una prassi diffusasi per superare in modo improprio indubbe difficoltà operative della pubblica amministrazione, si sono viste spesso le stazioni appaltanti porre in appalto progetti qualificati come “esecutivi”, ma di fatto privi di adeguate indagini, costituiti da una scarsa documentazione e, spesso, corredati da capitolati speciali d'appalto che rimettevano all'appaltatore la progettazione di strutture e impianti.

Constatato come le criticità che incidevano in termini di maggiori costi e maggiori tempi di realizzazione dell'opera pubblica rispetto a quelli preventivati, fossero principalmente riconducibili a carenze della progettazione, il legislatore, con la legge

¹) dirigente incaricato della vigilanza sui contratti pubblici della Regione Toscana.

109/94, ha indicato la qualità della progettazione quale cardine fondamentale della riforma dei lavori pubblici: al riguardo, si richiamano le disposizioni della legge relative ai vari livelli di progettazione (preliminare, definitivo, esecutivo) ed alla individuazione degli elaborati di cui debbono essere costituiti i progetti, in relazione ai suddetti livelli; si richiamano, ancora le disposizioni relative al divieto di condizionare il pagamento dei corrispettivi per la progettazione al finanziamento dell'opera ed alla inderogabilità dei minimi tariffari, nonché le disposizioni relative alle procedure di affidamento degli incarichi.

In sostanza la Legge quadro sui lavori pubblici ha fortemente riaffermato il ruolo fondamentale della progettazione nel processo realizzativo dell'opera pubblica.

Conseguentemente è stata riaffermata l'importanza del ruolo rivestito dal tecnico progettista, evidenziando, in particolare, l'esigenza di ricondurre allo stesso - sia esso libero professionista o tecnico dipendente della stazione appaltante, ma comunque soggetto individuato dalla stessa e facente ad essa riferimento - quell'attività di progettazione, che sempre più era stata sottovalutata e spesso impropriamente rimessa, quasi elemento marginale del processo realizzativo dell'opera pubblica, alla stessa impresa esecutrice.

Stante quanto sopra, stante la richiesta di una sempre maggiore specializzazione nello svolgimento dell'attività di progettazione, strettamente connessa alla complessità tecnica delle nuove opere (si pensi, ad esempio, al grande sviluppo dell'impiantistica) e alle esigenze di una società moderna e complessa (esigenze di carattere ambientale, in materia di sicurezza, ecc.), stante le carenze di organico e di specifiche professionalità all'interno delle pubbliche amministrazioni, ne è derivato sempre più frequentemente il ricorso, per la redazione della progettazione e lo svolgimento dei compiti ad essa connessi, a professionisti esterni alla pubblica amministrazione.

Al riguardo si evidenzia, con riferimento a dati riportati nella Relazione dell'Autorità al Parlamento per l'anno 2005, come i casi di ricorso a professionisti

esterni siano stati numericamente prevalenti rispetto a quelli di progettazione redatta da dipendenti dell'amministrazione.

Tale necessità di ricorso a professionalità esterne ha coinciso con l'esigenza, sempre più sentita, anche a livello comunitario, di assicurare procedure di affidamento connotate da trasparenza ed imparzialità, inizialmente affermata con precise disposizioni per gli affidamenti sopra soglia comunitaria (vedasi il D.lgs. n.157/1995) e che ha gradualmente e progressivamente interessato anche gli affidamenti sotto soglia.

Riguardo agli appalti sotto soglia comunitaria, la Corte di Giustizia europea ha, infatti, più volte chiarito che, benché le norme comunitarie si applichino in maniera puntuale al di sopra di soglie di importo ben definite, non volendo così procedimentalizzare in maniera rigorosa anche gli appalti di minore entità, non vi può essere per questi ultimi una elusione di quelli che sono i principi comunitari di concorrenzialità (Corte di Giustizia CE, 7 dicembre 2000, C-324/98), quali possono evincersi dal Trattato comunitario: non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Tali esigenze di assicurare i principi del Tratto CE in tutte le procedure di affidamento hanno trovato recepimento già nella legge 109/94, in particolare con le modifiche introdotte dall'art 24 della legge n.62/2005 (Comunitaria 2004) in relazione all'affidamento degli incarichi di importo inferiore a 100.000 euro.

Infine, l'art. 25 della stessa legge n.62/2005 ha delegato il Governo a recepire le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, afferenti rispettivamente alla "esclusi" (attualmente settori "speciali") e alla disciplina degli appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari, indicando la raccolta in un unico testo normativo sia della disciplina degli appalti e concessioni di rilevanza comunitaria, sia degli appalti e concessioni sotto soglia comunitaria.

Da tale delega si è pervenuti al D.Lgs. n.163 del 12 aprile 2006 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in vigore dal 1° luglio 2006

(oggetto poi di sospensione, per alcuni articoli, disposta con l'art. 1-octies del D.L. 173/2006, convertito con legge n.228/2006 e, quindi, di ulteriore parziale sospensione – fino al 1 agosto 2007 - e modifiche con il D.Lgs. n. 6 del 26 gennaio 2007).

Il Nuovo Codice dei contratti pubblici, pertanto, ha posto in atto una duplice opera di unificazione delle disposizioni nazionali.

In primo luogo, conformemente alle direttive comunitarie delle quali attua il recepimento (ci si riferisce, in particolare, alla direttiva 2004/18/CE che ha unificato la disciplina degli appalti sopra soglia comunitaria di lavori, servizi e forniture, precedentemente oggetto di separate direttive), ha unificato in un unico testo normativo la disciplina dei contratti pubblici sia dei lavori che delle forniture e dei servizi, rendendo omogenee, ove possibile, o comunque armonizzando le disposizioni normative previgenti separate.

Una ulteriore opera di omogeneizzazione è stata, inoltre, compiuta dal Codice, in linea con la delega parlamentare, relativamente ad appalti sopra e sotto soglia comunitaria.

Il Codice dei contratti pubblici, pertanto, nel confermare il principio di fondamentale importanza della progettazione, sancito dalla legge n.109/94, ha esteso tale principio anche ai settori dei servizi e delle forniture nel processo attuato di unificazione delle discipline afferenti a più settori dei contratti pubblici.

Nel contempo ha operato ai fini di unificare le procedure di affidamento sopra e sotto soglia comunitaria, mantenendo solo limitate semplificazioni sotto certi importi: nel caso dei servizi di architettura ed ingegneria individua la soglia dei 100.000 euro, eliminando l'ulteriore soglia prevista dalla legge n.109/94 che differenziava le procedure di affidamento per importi sotto e sopra soglia comunitaria.

Ha mantenuto fermo, comunque, il principio che, quale che sia l'importo da affidare, valgono i principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, stabiliti dal Trattato comunitario.

2. Servizi di progettazione ed altri servizi tecnici

L'attività di progettazione conserva con il Nuovo Codice, come detto, il carattere di cardine fondamentale nel procedimento di realizzazione dell'opera pubblica. Gli articoli 90 e seguenti del Codice individuano i soggetti che possono espletare l'attività di progettazione in materia di lavori pubblici e le modalità di conferimento degli incarichi, ove la stazione appaltante, per carenza di organico, per difficoltà di rispettare i tempi di programmazione, o particolare complessità dell'opera, si rivolga a soggetti esterni alla stessa.

Benché nel titolo degli articoli si faccia riferimento a progettazione, è chiaro dalla lettura di questi come le attività contemplate comprendano, oltre alla progettazione, la direzione dei lavori e le ulteriori attività tecniche.

Le disposizioni sono da ritenersi applicabili agli incarichi di:

- progettazione;
- direzione dei lavori e contabilità dei lavori, compresi eventuali incarichi di direttore dei lavori operativo;
- coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione;
- supporto tecnico al responsabile del procedimento.

Sono affidabili, oltre tali attività, quelle relative a:

- indagini geologiche, geotecniche, sismiche, ecc.;
- rilievi, misurazioni, picchettazioni;
- elaborati specialistici e di dettaglio, redazione grafica di elaborati progettuali.

La determinazione dell'Autorità n.3/2004 evidenzia la differenza tra le prime, da considerarsi opera dell'ingegno di carattere creativo, originale ed innovativo e di contenuto complesso (grafico, relazionale, espositivo), rispetto alle seconde, da ritenersi di supporto tecnico alle prime e più propriamente di natura ricognitiva o valutativa dell'esistente.

Le ultime attività, che non si identificano soltanto con quella professionale propria dell'ingegnere e dell'architetto, si risolvono in indagini, ispezioni, ricognizioni, localizzazioni di natura materiale e ripetitiva, che intervengono in una fase del complesso processo progettuale e che, tuttavia, proprio per le complessità insite nelle loro caratteristiche, richiedono il ricorso a diversificate professionalità. Per tali attività non vi è preclusione all'affidamento a gruppi tecnici differenti da quelli che sono incaricati della progettazione vera e propria; l'affidamento avviene con le procedure previste per i servizi in generale; anche il progettista incaricato dall'amministrazione può ricorrere al subappalto di tali attività, ove a questi rimesse con l'incarico di progettazione (si richiama al riguardo l'art. 91, comma 3 del Codice).

La norma non prevede, invece, la frazionabilità o subappaltabilità delle attività propriamente di progettazione, per cui si desume la indivisibilità di tale attività, sia per il carattere unitario insito nella progettazione, sia per la necessaria responsabilizzazione dei soggetti che svolgono attività sostitutiva di uffici dell'amministrazione.

Altra attività dell'ingegno riconducibile alle attività professionali dell'ingegnere e dell'architetto è quella della pianificazione; attività precedentemente esclusa dalla vigilanza dell'Autorità; con il nuovo Codice anche gli affidamenti relativi all'attività di pianificazione sono da ritenersi di interesse dell'Autorità, stante l'estensione alla stessa della vigilanza sulla generalità dei contratti di servizi.

Attività professionale tipica di ingegneri e architetti è anche quella di collaudo.

L'affidamento di tale attività è stato generalmente ritenuto in passato di carattere "fiduciario". Al riguardo è, però, da evidenziare come l'art.91, comma 8 del Codice specifichi che "è vietato l'affidamento di attività di progettazione, direzione dei lavori e collaudo... con procedure diverse da quelle previste dal presente codice".

Si osserva, inoltre, come siano state abrogate le disposizioni del regolamento 554/99 (art. 188, commi da 8 a 11) che prevedevano la selezione dei collaudatori entro elenchi di

professionisti abilitati, depositati presso il Ministero dei lavori pubblici, le Regioni e le Province autonome. Abrogazione operata dall'art. 24 comma 8 della legge comunitaria n. 62/2005.

Infine, ulteriore attività tecnica è quella della validazione del progetto.

Il Nuovo Codice affronta l'argomento della verifica del progetto con l'art.112, precisando che :

- per lavori di importo pari o superiore a 20 milioni di euro, la verifica deve essere effettuata da organismi di controllo accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020;
- per lavori di importo inferiore dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti ove il progetto sia redatto da progettisti esterni o la stazione appaltante disponga di un sistema di controllo interno di qualità, ovvero da altri soggetti stabiliti dal regolamento.

Circa tali criteri, la linea di indirizzo del regolamento sembra comunque già tracciata da ciò che il legislatore ha stabilito per le infrastrutture strategiche (art. 164 e allegato tecnico XXI), che ha previsto, al di sotto della soglia di 20 milioni di euro la possibilità di affidamento a liberi professionisti, società di professionisti e di ingegneria, raggruppamenti temporanei degli stessi soggetti, consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria (soggetti di cui all'art. 90 del Codice), e stabilisce condizioni di incompatibilità, indipendenza e imparzialità.

3. Procedure di affidamento dei servizi tecnici prima del Nuovo Codice. Problematiche rilevate dall'Autorità e relativi indirizzi forniti.

Come precedentemente accennato, stante la rilevanza attribuita all'attività di progettazione, la legge 109/94 è intervenuta sia per ridefinire livelli e contenuti della

progettazione (art.16), sia per stabilire corrette procedure di affidamento degli incarichi di progettazione (art.17), ove la pubblica amministrazione non disponga al proprio interno di professionalità adeguate.

In particolare la legge 109/94 e s.m.i. (con il relativo regolamento di attuazione) aveva individuato tre fasce di importo per gli incarichi di progettazione e direzione dei lavori, prevedendo, in relazione a queste, modalità di affidamento diverse:

- incarichi di importo inferiore a 100.000 euro (importo così stabilito dalla legge n.166/2002, che ha elevato l'originario limite di 40.000 euro), da affidarsi con procedura semplificata secondo i criteri precisati a seguito;
- incarichi di importo pari o superiore a 100.000 euro, ma inferiori alla soglia di applicazione della disciplina comunitaria in materia di servizi, da affidarsi mediante licitazione privata, secondo le disposizioni degli artt. 62-64 del regolamento;
- incarichi di importo pari o superiore alla soglia comunitaria da affidarsi con le procedure previste dal D.Lgs. 157/1995 e s.m. (ovvero D.Lgs. n.158/1995 per i soggetti tenuti all'applicazione dello stesso); con maggiore precisione le procedure sono state regolamentate dagli artt. 65-70 del D.P.R. 554/99.

E' da osservare che, mentre per importi pari o superiori a 100.000 euro si è potuto far riferimento a disposizioni puntuali, la procedura di affidamento degli incarichi di importo stimato inferiore a 100.000 euro ha costituito sempre un argomento particolarmente controverso.

Infatti, nell'ottica di semplificare le procedure per importi limitati, i vincoli inizialmente posti dalla legge per tale prima fascia possono riassumersi nella verifica dell'esperienza e della capacità professionale del soggetto da incaricare e nell'obbligo di motivazione della scelta in relazione all'incarico da affidare; mentre il D.P.R. n.554/1999, con l'art.62, comma 1, dispone di dare "adeguata pubblicità" all'esigenza di acquisire la prestazione professionale richiesta e successivamente di rendere noto l'affidamento

dell'incarico con "adeguate formalità", unitamente alla motivazione della scelta effettuata.

Di fatto, quindi, non venivano concretamente definiti tempi e modi di dare pubblicità agli affidamenti, né venivano stabiliti precisi criteri di selezione.

L'Autorità è dovuta spesso intervenire sul tema con deliberazioni (attinenti a singoli casi) e determinazioni (atti di valenza generale volti a chiarire i diversi aspetti del problema); si richiamano al riguardo le determinazioni n.8 dell'8 novembre 1999, n.5 del 17 febbraio 2000, n.17 del 5 aprile 2000, n.57 del 27 dicembre 2000, n.18 del 26 luglio 2001, n.3 del 27 febbraio 2002, n.16 del 16 luglio 2002, n.18 del 24 luglio 2002, n.20 del 30 luglio 2002 ed in ultimo n.1 del 19.01.2006.

In qualche modo, occorre osservare, come l'Autorità abbia precorso le più recenti disposizioni legislative, semplicemente richiamando quei criteri di trasparenza, imparzialità, correttezza che, da sempre, debbono caratterizzare l'operato della pubblica amministrazione.

Tra le determinazioni si cita, a titolo esemplificativo, la n.18 del 2001, con la quale si chiariva che la pubblicità doveva, coerentemente, essere "funzionale", nel senso che il mezzo prescelto per pubblicizzare l'avviso doveva essere idoneo allo scopo di raggiungere la più ampia sfera relativa di potenziali professionisti interessati all'affidamento, in relazione all'entità ed all'importanza dell'incarico; si precisava, inoltre, che, pur trattandosi di avvisi di selezione e non di bandi di gara in senso proprio, "non possono, altresì, obliterarsi sul piano del contenuto informativo minimo dell'avviso, quelle notizie che consentano di individuare l'oggetto dell'incarico ed il suo valore (con indicazione, quindi, dell'entità dei lavori e del compenso stimato), nonché gli elementi valutativi considerati ai fini della selezione (che non potranno comunque essere estranei a quelli desumibili dai curricula)".

Tale interpretazione, con particolare riguardo alla preventiva indicazione degli elementi da porre a base della valutazione dei curricula presentati, era in coerenza con

parte della giurisprudenza (TAR Puglia 19 aprile 2001 n.1205, Cons. Stato - Sez. V - 5 settembre 2001 n.4673, ecc.).

In merito alla adeguata pubblicità, peraltro, il Cons. Stato con decisione 7 marzo 2001, n.1339 aveva ritenuto di accompagnare la pubblicazione presso l'albo pretorio anche con la divulgazione dell'avviso su due quotidiani a tiratura locale.

Occorre, comunque, anche evidenziare come una diversa corrente giurisprudenziale abbia, invece, ritenuto che, nel caso di incarichi collocati sotto la soglia dei 100.000 euro e che consentono alla stazione appaltante l'affidamento a soggetti "di loro fiducia" - assolti i soli oneri della verifica dell'esperienza e della capacità professionale e della motivazione in relazione al progetto da affidare - il legislatore "non prescrive l'esperimento di una formale procedura di aggiudicazione, né in ogni caso, dettagliati adempimenti preliminari, quali una espressa e puntuale predeterminazione di ulteriori e più specifici criteri di scelta da parte della stazione appaltante" (Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2004, n.500). Secondo tale corrente la stazione appaltante non è quindi obbligata a indicare nel bando i criteri con cui intende procedere alla scelta, ma deve solo procedere alla verifica dell'esperienza e della capacità professionale del professionista e motivare successivamente la scelta effettuata.

L'incertezza legislativa ha fatto sì che spesso siano pervenuti all'Autorità ricorsi e quesiti da professionisti, Associazioni ed Ordini professionali. Al riguardo si richiamano le irregolarità contestate più frequentemente.

Si è spesso contestata la prassi di dividere artificialmente la "progettazione" di un intervento in più parti, talvolta al fine di eludere l'applicazione delle norme che disciplinano l'affidamento del servizio, in contrasto con le disposizioni dell'art. 62, comma 10, del D.P.R. n.554/99, altre volte per una non adeguata programmazione, che ha reso successivamente necessario il ricorso a prestazioni non previste.

A volte il frazionamento dell'incarico è avvenuto suddividendo lo stesso in relazione alle diverse competenze professionali necessarie, eludendo, pertanto, il carattere unitario della progettazione; in luogo di ricondurre l'affidamento alla procedura prevista per l'intera progettazione, la stazione appaltante ha così proceduto all'affidamento di più incarichi di carattere "fiduciario".

Spesso l'individuazione dei soggetti cui affidare l'incarico di progettazione è avvenuta sulla base di un albo all'uopo predisposto presso la stazione appaltante. In tema di istituzione di elenchi di professionisti, dai quali attingere i soggetti da incaricare, è opportuno ricordare che l'Autorità ne ha più volte confermato l'ammissibilità, in ultimo anche nella determinazione n.1/2006, comunque nei limiti in cui vengano previsti idonei meccanismi riguardanti il relativo aggiornamento periodico, adottando in ogni caso le forme di pubblicità previste dall'art.62 del D.P.R. n.554/99, in modo da garantire il diritto ad iscriversi all'albo senza limiti temporali. Quanto alla motivazione della scelta effettuata essa non può riferirsi alla sola appartenenza all'albo preconstituito, atteso che l'amministrazione deve dar conto delle ragioni della preferenza accordata, in relazione agli indici di esperienza e specifica capacità professionale desunti dal curriculum.

Contestazioni che continuano ad essere segnalate all'Autorità dai concorrenti, pur se con frequenza inferiore che in precedenza, sono l'assenza negli avvisi dei dati essenziali per consentire una corretta partecipazione e selezione dei concorrenti (si richiama nuovamente la determinazione n.18/2001).

Anche le modalità seguite per la pubblicità sono state di frequente carenti; pur senza imporre specifiche regole, l'Autorità ha ritenuto in genere non sufficienti quelle forme di pubblicità effettuate ad esempio unicamente presso l'albo pretorio della stazione appaltante (spesso piccoli comuni) e per un tempo esiguo; a maggior ragione se in

periodo estivo quando è notoria una minor attenzione e partecipazione ad avvisi di selezione.

Si è riscontrato, inoltre, come frequentemente non sia stata presa in considerazione dalle stazioni appaltanti la possibilità di procedere alla rotazione degli incarichi, elemento che dovrebbe comunque caratterizzare il conferimento di quelli che esulano da precise procedure concorsuali.

L'affidamento dei servizi di progettazione e direzione dei lavori di importo inferiore a 100.000 euro ha subito una rilevante evoluzione con la legge 18 aprile 2005, n. 62 *“Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità Europea. Legge comunitaria 2004”*.

Le modifiche apportate alla legge n.109/1994 dalla legge n.62/2005 sono state indotte dai rilievi mossi dalla Commissione europea; infatti, l'art.17, comma 12, della legge “Merloni”, con altre disposizioni della medesima legge, è stato oggetto di una procedura di infrazione verso lo Stato Italiano da parte degli Organi comunitari.

In particolare l'eccessiva discrezionalità in sede di affidamento “fiduciario” prevista dalla legge n.109/94 per l'ente attuatore, è apparsa lesiva del diritto comunitario, specialmente nella parte relativa al principio della parità di trattamento per tutti i concorrenti.

Infatti, come precedentemente esposto, benché le norme comunitarie si applichino in maniera puntuale al di sopra di soglie di importo ben definite, non vi può essere per appalti di importo inferiore una elusione di quelli che sono i principi comunitari di concorrenzialità, desumibili dal Trattato CE.

L'art.17, comma 12, della Legge n.109/94, come modificato dalla Legge n.62/2005, ha assunto, quindi, tale versione: *“Per l'affidamento di incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori il cui importo stimato sia inferiore a 100.000 euro, le stazioni appaltanti, per il tramite del responsabile del procedimento, possono procedere*

all'affidamento ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) e g) nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza”.

L'Autorità, con la determinazione n.1/2006 ha chiaramente esplicitato i quattro principi basilari richiamati nel testo della legge n.109/94, fornendo sintetiche linee guida, al fine di rendere la procedura di affidamento conforme alla direttiva 2004/18/CE e cioè di raggiungere una effettiva concorrenza garantendo *“a ciascun potenziale concorrente le stesse possibilità di partecipazione alle procedure di gara e l'imparzialità della relativa azione amministrativa”.*

Si procede ad approfondire alcuni aspetti di tali principi:

- Principio di non discriminazione: in ambito comunitario tale principio è stato principalmente volto a non consentire discriminazioni connesse con la nazionalità dei concorrenti, quali ad esempio la non accettazione o diversa valutazione di titoli professionali o delle certificazioni adottate nei diversi paesi della Comunità europea ecc.; nel caso degli affidamenti in esame va assicurata in primo luogo una selezione che non discrimini in alcun modo i concorrenti che non operano nell'ambito territoriale ove deve essere svolta la prestazione, ponendo, ad esempio, vincoli di partecipazione o assegnando titoli preferenziali a concorrenti che risiedono nel luogo della prestazione, giustificati dalla perfetta conoscenza della località ove si deve intervenire.
- Parità di trattamento: nell'ambito della discrezionalità della stazione appaltante di scegliere la procedura da seguire occorre richiamare la necessità, evidenziata dalla Corte di giustizia europea con varie sentenze, di eliminare qualsiasi discriminazione sia palese che subdola tra gli operatori.

La concorrenza effettiva si può raggiungere *“imponendo che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte e che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i competitori”* (Corte di giustizia CE 29 aprile 2004, C496/99).

La contemporanea valutazione dei requisiti dimostrati dai vari concorrenti, unitamente all'applicazione per ognuno di essi di criteri selettivi predefiniti ed uguali per

tutti, pone tutti i concorrenti sullo stesso piano, limitando il rischio di incorrere nelle violazioni del diritto comunitario.

- **Proporzionalità:** la committenza deve stabilire requisiti di qualificazione per la partecipazione alla procedura proporzionati alle caratteristiche ed all'importo dell'appalto, al fine di non incorrere in un artificioso incremento dei requisiti che possono comportare una limitazione della concorrenza.

- **Trasparenza:** il rispetto del principio di trasparenza si concretizza nel "garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti pubblici di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione" (Corte di giustizia CE, 7 dicembre 2000, C324/98). Significa, quindi, totale disponibilità delle informazioni ed, in particolare, consentire al maggior numero dei potenziali interessati di conoscere le opportunità di lavoro disponibili, garantendo così ai soggetti in possesso dei requisiti pari condizioni di accesso e generando, conseguentemente, un alto livello di concorrenzialità.

L'attuazione del principio di trasparenza è possibile solamente tramite una adeguata azione di pubblicità, che solo in via esemplificativa e non esaustiva deve coinvolgere: l'albo pretorio dell'ente, il sito Internet della stazione appaltante (se esistente), gli Ordini professionali della provincia.

Gli incarichi di importo pari o superiore a 100.000 euro e quelli oltre la soglia comunitaria hanno beneficiato di puntuali disposizioni normative, per cui l'Autorità ha potuto riscontrare minori incertezze applicative da parte delle stazioni appaltanti.

Le irregolarità comunque rilevate hanno riguardato principalmente i seguenti aspetti:

- frazionamento o sottostima dell'incarico, al fine di eludere la pubblicità a livello comunitario, ovvero di procedere all'affidamento "fiduciario";
- incremento dei requisiti economici-finanziari e tecnico-organizzativi stabiliti dagli articoli 63 e 66 del D.P.R. 554/99, rispettivamente per incarichi di importo inferiore o pari/superiore alla soglia comunitaria; a titolo

- esemplificativo, la richiesta di requisiti con riferimento all'ultimo quinquennio, in luogo degli ultimi dieci anni;
- non corretta individuazione di criteri e relativi punteggi o sub-criteri di valutazione delle offerte;
 - errata attribuzione di punteggi in sede di gara.

4. Procedure di affidamento dei servizi tecnici con l'entrata in vigore del Nuovo Codice.

L'art. 91 del nuovo "Codice degli contratti pubblici" (D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163), articolo che regola le procedure di affidamento degli incarichi di progettazione, ha lasciato inalterata la soglia di 100.000 euro, confermando, per incarichi di importo inferiore a tale soglia, la possibilità che gli stessi possano essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Al di sopra di tale soglia ha richiamato le disposizioni di cui alla parte II, titolo I e titolo II del Codice (rispettivamente relative agli appalti nei settori ordinari sopra e sotto soglia comunitaria), ovvero, per i soggetti operanti nei settori di cui alla parte III (relativa agli appalti nei settori speciali), le disposizioni ivi previste.

Stante, come precedentemente illustrato, la sostanziale unificazione delle procedure sopra e sotto soglia comunitaria operata dal Codice, in linea con la delega parlamentare, determina, quindi, che le modalità di affidamento degli incarichi di progettazione si differenzino in solo due fasce di importo, in luogo delle tre previste dal precedente ordinamento, fatta salva, ovviamente, la diversa pubblicità da adottare.

Per quanto riguarda le procedure relative ad importi della prestazione inferiore a 100.000 euro, è da evidenziare come il legislatore abbia richiamato i principi a tutela

della concorrenza desumibili dal Trattato comunitario, già presenti nelle disposizioni di cui all'art. 17, comma 12, della legge 109/94, come in ultimo modificate dalla legge n.166/2002.

L'applicazione di tali principi, come precedentemente illustrato, è stata oggetto di ampia disamina da parte dell'Autorità con la citata determinazione n.1/2006, che deve intendersi in tal senso ancora attuale.

Con il Codice il legislatore, oltre a ribadire i suddetti principi, specifica che l'affidamento deve avvenire secondo la procedura negoziata prevista dall'art.57, comma 6 (articolo del Codice attualmente sospeso) e che l'invito deve essere rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei.

Si osserva, inoltre, che, allo stato, non risultano abrogati gli articoli 62-70 del D.P.R. 544/99, evidentemente ritenuti ancora compatibili con le disposizioni del Codice; l'art.62, in particolare, prescrive che i servizi di progettazione di importo inferiore a 100.000 euro possono esser affidati previa adeguata pubblicità dell'esigenza di acquisire la relativa prestazione professionale. L'adeguata pubblicità è, inoltre, insita nel principio di trasparenza.

Pertanto, secondo una rigida interpretazione delle richiamate disposizioni, la stazione appaltante dovrebbe provvedere ad un'adeguata pubblicità dell'esigenza di affidare l'incarico, con avviso pubblico finalizzato ad individuare i soggetti da invitare e contenente quelle notizie che consentano di far conoscere l'oggetto dell'incarico ed il suo valore, i requisiti minimi richiesti ai concorrenti, i criteri per la selezione dei candidati da invitare alla procedura competitiva, nonché gli elementi valutativi considerati ai fini del successivo affidamento; quindi, a seguito di acquisizione delle richieste di partecipazione, individuati cinque soggetti idonei con i criteri preventivamente stabiliti dall'avviso, richiedere a questi un'offerta, da valutare secondo i parametri preventivamente indicati.

E' evidente come tale procedura, caratterizzata da garanzie di trasparenza e imparzialità, produca, però, una scarsa semplificazione nell'affidamento di incarichi, che, per la modesta entità, presuppongono procedure snelle e veloci.

In sostanza, il problema da affrontare è quello di individuare i cinque soggetti da invitare con modalità semplici e veloci e, nel contempo, trasparenti ed imparziali.

Una semplificazione, pur sempre nel rispetto dei principi comunitari e compatibile con le disposizioni del Codice, appare perseguibile con riferimento alle procedure di cottimo fiduciario (art.125 del Codice) ed alla predisposizione di appositi elenchi dei soggetti interessati all'affidamento di incarichi di servizi tecnici, relativi agli interventi programmati dalla stazione appaltante.

L'acquisizione di beni e servizi in economia è ammessa "in relazione all'oggetto e ai limiti di importo delle singole voci di spesa, preventivamente individuate con provvedimento di ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche esigenze"; "l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici,..., individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante".

Può, quindi, ritenersi ammissibile che la stazione appaltante attinga ad elenchi di operatori all'uopo predisposti per individuare i soggetti da invitare alla gara informale per l'affidamento dell'incarico.

Per quanto riguarda gli elenchi non possono che richiamarsi le indicazioni già fornite dall'Autorità, circa la necessità che questi siano aperti alla partecipazione di tutti i soggetti interessati, quindi adeguatamente pubblicizzati, sia relativamente alle modalità della pubblicazione (albo pretorio dell'ente, sito Internet della stazione appaltante, Ordini professionali della provincia, ecc.), sia in quanto ai termini consentiti per la presentazione delle richieste di inserimento; è necessario, inoltre, che gli stessi prevedano la possibilità di un frequente aggiornamento.

Ovviamente gli elenchi dovranno essere organizzati in relazione alle competenze professionali dei richiedenti, desumibili dai curricula, e l'individuazione degli operatori da invitare alle gare dovrà avvenire con criteri di imparzialità e trasparenza, assicurando, in particolare, il criterio della rotazione.

Per quanto attiene agli incarichi di importo pari o superiore a 100.000 euro, si richiama l'eliminazione della ulteriore demarcazione delle procedure tra incarichi di importo inferiore, oppure pari o superiore alla soglia comunitaria (insita nel processo di unificazione attuato dal Codice); ne consegue, pertanto, che la procedura per l'affidamento di tutti gli incarichi di importo pari o superiore a 100.000 euro è quella prevista per incarichi pari o sopra soglia comunitaria. Unica differenziazione si avrà in relazione alle modalità di pubblicazione, differenti in ambito nazionale ed in ambito comunitario.

Sotto tale aspetto il riferimento è dato dalle soglie indicate all'art. 28 del Codice degli appalti, relative ai servizi: euro 137.000 per le stazioni appaltanti che sono autorità governative centrali (Presidenza del Consiglio, Ministeri, CONSIP), euro 211.000 per le altre stazioni appaltanti.

In relazione alla valutazione presunta dell'importo dell'incarico da affidare, valutazione dalla quale discende poi la procedura di affidamento da adottare, è il caso di precisare che la valutazione deve tener conto di *“tutti i servizi, ivi compresa la direzione dei lavori qualora si intenda affidarla allo stesso progettista esterno”* (art.92, comma 1 del Codice).

La suddetta disposizione è strettamente connessa a quella di cui all'art. 91, comma 6, la quale stabilisce che *“l'affidamento diretto della direzione dei lavori al progettista è consentito soltanto ove espressamente previsto nel bando di gara della progettazione”*.

Anche a tale riguardo si richiama quanto già più volte affermato dall'Autorità circa l'artificioso frazionamento degli incarichi.

Ove si ipotizzi l'affidamento della direzione dei lavori al progettista, la stazione appaltante dovrà, quindi, tener conto dell'importo di tale prestazione già nel bando per l'affidamento della progettazione, individuando conseguentemente la pubblicità e la procedura da adottare.

Altri aspetti importanti del procedimento di affidamento degli incarichi sono quelli attinenti ai requisiti che la stazione appaltante deve chiedere per la partecipazione all'affidamento e ai criteri di valutazione dell'offerta.

E' necessario, in primo luogo, evidenziare come requisiti per la partecipazione e criteri di aggiudicazione attengano a due fasi diverse del procedimento e ad elementi completamente diversi.

Per quanto riguarda i **requisiti per la partecipazione** è da rilevare come questi siano finalizzati a selezionare, per la partecipazione alla gara, soggetti adeguatamente qualificati a svolgere l'incarico da affidare: essi attengono, pertanto, ad elementi di natura prettamente quantitativa.

E' da osservare, in via incidentale, come, sebbene il Codice abbia individuato, in relazione alle procedure di affidamento, la sola soglia dei 100.000 euro, restano ancora in vigore le disposizioni del Regolamento che, separatamente, si riferiscono a procedure di importo inferiore, ovvero pari o superiore alla soglia comunitaria (vedi gli artt. 63 e 66). Tale incongruenza sarà sicuramente superata dal nuovo Regolamento.

L'art. 66, comma 1 (riferito a servizi sopra soglia comunitaria) richiama, per la partecipazione alla gara:

- a) il fatturato globale minimo per servizi attinenti all'architettura e/o all'ingegneria espletati negli ultimi cinque servizi antecedenti la pubblicazione del bando, compreso tra 3 e 6 volte l'importo a base d'asta;
- b) l'avvenuto espletamento negli ultimi dieci anni di servizi attinenti all'architettura e/o all'ingegneria, relativi a lavori appartenenti ad ognuna

- delle classi e categorie oggetto dell'incarico di importo minimo tra 2 e 4 volte l'importo stimato dei lavori da progettare;
- c) l'avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi attinenti all'architettura e/o all'ingegneria, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie oggetto dell'incarico, per un importo totale non inferiore ad un valore compreso tra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori da progettare;
 - d) il numero medio annuo del personale utilizzato negli ultimi tre anni, in misura variabile tra 2 e 3 volte le unità stimate nel bando per lo svolgimento dell'incarico.

I requisiti per la partecipazione debbono essere contenuti nei limiti indicati dal regolamento, al fine di non precludere la possibilità di un'ampia partecipazione con la richiesta di requisiti non proporzionati all'incarico da affidare; limitazione che, lungi da rilevarsi un vantaggio per la stazione appaltante, favorirebbe soggetti con struttura non proporzionata all'incarico e che, con molte probabilità, finirebbero per sottovalutare e delegare l'espletamento dell'incarico.

Per quanto riguarda, invece, i **criteri di valutazione delle offerte** finalizzati ad individuare l'offerta "economicamente più vantaggiosa" per la stazione appaltante, come è evidente dall'art. 64 del Regolamento, gli stessi si compongono sia di elementi di carattere quantitativo, indicati nell'offerta economica, quale il ribasso percentuale e la riduzione percentuale con riferimento al tempo, sia di elementi qualitativi, indicati nell'offerta tecnica, costituiti dalla professionalità, desunta da documentazione grafica, fotografica e descrittiva, e dalle caratteristiche qualitative e metodologiche dell'offerta, desunte dalla illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni e dal curriculum dei professionisti che svolgeranno le stesse.

Rispetto a tali ultimi elementi è da rilevare che il carattere prettamente qualitativo è maggiormente evidenziato dal comma 1 dell'art. 64 del D.P.R. 554/99, che,

relativamente alla documentazione grafica, fotografica e descrittiva, precisa come questa dovrà riguardare al massimo tre progetti affini a quello oggetto dell'affidamento.

E', pertanto, da ritenere non conforme alle disposizioni normative la richiesta o accettazione di documentazione riferita a più di tre progetti o a progetti di caratteristiche non affini a quello da affidare.

Rispetto agli elementi di carattere quantitativo è, invece, da evidenziare come l'art.64, comma 3 del D.P.R. 554/99 attribuisca ai ribassi economico e sul tempo di esecuzione della progettazione fattori ponderali limitati (da 10 a 30 sul primo e da 0 a 10 sul secondo).

Riguardo al ribasso relativo al tempo di esecuzione della progettazione, è evidente come non sia opportuno spingere su tale elemento, bensì sia necessario assicurare al progettista tempi congrui perché possa effettuare in modo adeguato studi, indagini, rilievi, che sono alla base della progettazione.

Relativamente al ribasso relativo all'offerta economica risulta parimente evidente che, oltre certi limiti, non risulterebbe più garantita la qualità della progettazione ed un risparmio sulla progettazione sarebbe assolutamente insignificante se paragonato ai maggiori costi che potrebbero derivare da una carente progettazione nella realizzazione dell'opera.

Tale aspetto assume ancora maggior rilevanza alla luce delle disposizioni di cui all'art. 2 del c.d. "decreto Bersani" (D.L. 223/2006, convertito in legge n.248/2006), che ha abrogato le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono, con riferimento alle attività libero professionali ed intellettuali, l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime.

Sulla questione è sorto un dibattito, che ha interessato anche l'Autorità, la quale ha consultato le rappresentanze, a livello nazionale dei soggetti coinvolti (stazioni appaltanti, professionisti, società ingegneria); è prevalso, infine, il criterio di ritenere applicabili le disposizioni della legge n.248/2006 anche ai corrispettivi per la progettazione di opere pubbliche (vedi determinazione dell'Autorità n. 4/2007).

Le stazioni appaltanti possono utilizzare, comunque, le tariffe quale riferimento per

la determinazione dei compensi, al fine di determinare l'importo della prestazione da affidare e, quindi, di stabilire quale debba essere la procedura di selezione (come, tra l'altro, precisato dall'art.2, comma 2 della legge n. 248/2006); i corrispettivi saranno oggetto di ribasso in sede di gara per l'affidamento dell'incarico.

Resta nella competenza della stazione appaltante la valutazione della congruità delle offerte che si presentino anormalmente basse.

Infine il Codice, con gli articoli 99-110 riprende ed integra le disposizioni del D.P.R. 554/99 relative a concorsi di idee e concorsi di progettazione.

Relativamente alle integrazioni sono da sottolineare alcune disposizioni:

- il divieto di discriminazione dei concorrenti, la cui ammissione non può essere limitata in base all'appartenenza territoriale, o, secondo la legislazione dello stato in cui si svolge il concorso, a persone fisiche o giuridiche (art.101);
- la valutazione della "soglia" dei concorsi, che deve tener conto del valore complessivo dei premi e pagamenti, compreso il valore dell'incarico che potrebbe essere successivamente aggiudicato (art.99);
- la composizione della commissione giudicatrice, nella quale almeno un terzo dei membri deve avere qualifica equivalente a quella eventualmente richiesta ai partecipanti (art.106).

5. Attività dell'Autorità in relazione agli affidamenti degli incarichi di progettazione.

La funzione di garanzia dell'Autorità, tesa ad evitare l'inosservanza delle norme nazionali, delle regole comunitarie e dei principi in materia, si concretizza in due direzioni.

Nella prima direzione il raggiungimento dello scopo assegnatole espressamente dalla legge comporta l'attivazione di interventi che indichino gli strumenti correttivi di anomalie e disfunzioni che abbiano assunto, nel mercato, la valenza di "fenomeni", per cui la stessa assume i caratteri propri di una attività di formulazione di regole di comportamento per i soggetti partecipanti al settore dei contratti pubblici.

Questa attività non incide sulla sfera riservata al potere politico o a quello amministrativo tradizionale che si esprime con atti regolamentari, circolari o altri atti generali, ma interviene nel campo della c.d. discrezionalità tecnica, laddove vi siano lacune normative o dubbi interpretativi.

Una funzione, quindi, di interpretazione e che consiste in un agire volto a stabilire regole generali di condotta, per i soggetti inseriti nell'ambito operativo dei contratti pubblici, regole che dettino le condizioni nel cui ambito si realizzi un punto d'incontro tra potestà pubbliche ed esigenze di mercato.

La seconda direzione in cui si attua l'esercizio della vigilanza si estrinseca in accertamenti in ordine alla conformità degli specifici comportamenti dei soggetti operanti nel settore alle disposizioni di legge ed alle regole di condotta da seguire perché funzionali ad obiettivi di pubblico interesse.

In definitiva, l'azione di garanzia dell'Autorità conduce all'adozione di :

- 1) atti a valenza generale (atti di regolazione e determinazioni) diretti sia a *definire regole generali di condotta* per gli operatori del settore sia ad *interpretare la disciplina normativa e regolamentare in materia di contratti pubblici*;
- 2) atti a valenza particolare (deliberazioni su singole fattispecie concrete), ossia accertamenti in ordine alla conformità alle norme dei comportamenti dei soggetti operanti nel settore.

A tali pronunce la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto natura orientativa e non provvedimentale.

L'Autorità, nello svolgimento dell'attività di regolazione sopra sinteticamente

richiamata, ha prestato particolare attenzione al tema dell'affidamento degli incarichi di progettazione ed, in generale, della progettazione nell'insieme dei suoi aspetti (professionalità adeguate per la redazione, qualità, completezza ed adeguatezza della progettazione, ecc.); sia in quanto il problema della correttezza delle procedure di affidamento è risultato particolarmente sentito dagli operatori, che hanno prodotto numerosi esposti, sia perché, in modo autonomo, l'Autorità ha ritenuto, coerentemente con le disposizioni della legge quadro, l'attività di progettazione quale preminente nella realizzazione dell'opera pubblica.

Ne è conferma il notevole numero di determinazioni e deliberazioni prodotte su tale tema, che sicuramente hanno sensibilizzato gli operatori sull'argomento ed opportunamente orientato l'attività delle stazioni appaltanti, nonostante l'assenza di effettivi poteri di intervento in capo all'Autorità nel caso di mancata conformazione delle stazioni appaltanti alle indicazioni fornite; si ricorda, al riguardo, che la possibilità per l'Autorità di erogare sanzioni economiche è prevista nel solo caso di mancato riscontro alle richieste di informazione e documentazione.

Secondo le previsioni del Nuovo Codice dei contratti pubblici, l'Autorità proseguirà nell'attività fino ad oggi attuata, che viene ad estendersi all'intero campo dei contratti pubblici (comprensivo, oltre che dei già contemplati lavori e servizi di progettazione, anche di servizi e forniture), mantenendo, comunque, competenze e poteri sostanzialmente uguali a quelli precedentemente previsti dalla legge 109/94 e s.m.i.

Una nuova competenza dell'Autorità è sancita dall'art. 6, comma 7, lettera n) del Codice e prevede che, su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, l'Autorità esprima parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione.

Come auspicato da operatori del settore, con tale istituto s'intende introdurre un meccanismo deflativo del contenzioso, volto a prevenire e, tendenzialmente a ridurre il ricorso all'arbitrato o al giudice amministrativo, già oberato quest'ultimo da un notevole carico di liti in materia di appalti (da qui il termine, con il quale l'istituto è indicato, di precontenzioso in sede di gara).

Il Consiglio dell'Autorità (nell'adunanza del 10 ottobre 2006) ha approvato il Regolamento per la procedura di soluzione delle controversie e il relativo formulario per l'inoltro delle richieste di parere (consultabili sul sito dell'Autorità stessa).

Sono da evidenziare i tempi particolarmente ristretti stabiliti per la definizione di tale procedura: 25 giorni, prorogabili a 35 nei casi in cui si renda necessaria un'audizione delle parti interessate. E' da precisare anche come il Consiglio abbia ritenuto che l'istituto fosse attivabile su iniziativa di una sola delle parti.

La procedura, in quanto riferita sia ad appalti di lavori, che di servizi e forniture, è applicabile anche nel caso di affidamento degli incarichi di progettazione; l'Autorità si è già espressa, ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera n) del Codice, su contenziosi in sede di gara relativamente ad appalti di progettazione.