

Intervento del Consigliere Guido Moutier

1. Quadro normativo relativo al mercato degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture

- 1.1. Evoluzione della normativa in materia di lavori pubblici
- 1.2. Evoluzione della normativa in materia di servizi e forniture
- 1.3. Cenni sulla disciplina transitoria

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

- 2.1. Ampliamento della vigilanza in relazione al mutato mercato di competenza
- 2.2. Nuovo ruolo dell'Osservatorio

3. Oggetto del contratto, procedure di scelta del contraente e selezione delle offerte

- 3.1. Le fattispecie tipiche di appalto
 - 3.1.2. Appalto di sola esecuzione
 - 3.1.3. Appalto di progettazione ed esecuzione (appalto integrato tipico) (art. 53)
 - 3.1.4. Differenze fra le due tipologie di appalto
 - 3.1.5. Appalto integrato complesso

4. Sistemi di scelta per l'individuazione degli offerenti (art. 54 e ss D.Lgs. 163/06)

- 4.1. Procedure aperte e ristrette (art. 55)
- 4.2. Procedure negoziate con (art. 56) o senza (art. 57) pubblicazione di un bando di gara.
- 4.3. Dialogo competitivo (Art. 58)

5. Ulteriori figure contrattuali (in deroga alle procedure ordinarie di appalto): lavori in economia, contratti di sponsorizzazione, Vendita di cosa futura, *leasing* immobiliare.

- 5.1. lavori in economia
- 5.2. contratti di sponsorizzazione
- 5.3. vendita di cosa futura
- 5.4. *leasing* immobiliare

6. La Finanza di Progetto (Project Financing)

- 6.1. Vantaggi derivanti dall'applicazione della procedura di P.F.
- 6.2. TIPOLOGIA DEI PROGETTI
- 6.3. Trasposizione nel Codice, agli artt. 153 ss. degli artt. 37 bis ss. della Legge Merloni.
- 6.4. Problemi e prospettive future

7. Allineamento alla normativa comunitaria: l'avvalimento

- 7.1. Istituto dell'avvalimento
- 7.2. Tipologie di avvalimento
- 7.3. Ambito di applicazione
- 7.4. Orientamento giurisprudenziale comunitario e nazionale
Corte di Giustizia comunitaria (Corte Giust. CE sez. V, 14 aprile 1994, in C-389/92).
- 7.5. Disciplina "avvalimento" applicabile ai consorzi stabili per appalti di servizi e appalti di lavori
- 7.6. Problematiche relative al recepimento dell'istituto nel diritto interno

1. Quadro normativo relativo al mercato degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture

1.1. Evoluzione della normativa in materia di lavori pubblici

Per quanto riguarda gli appalti pubblici di lavori pubblici, al testo originario della legge n. 109/1994 erano state apportate sostanziali modifiche dalla legge 2 giugno 1995, n. 216 e successivamente dalle leggi 18 novembre 1998, n. 415 e 1 agosto 2002, n. 166.

Concorrevano a costituire l'ordinamento generale sui lavori pubblici il regolamento di attuazione d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 e d.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34.

Il rigido impianto veniva progressivamente affievolito con l'introduzione per tutti gli appalti di lavori dei principi liberalizzatori contenuti nella *legge-obiettivo* 21 dicembre 2000, n. 443 modificata dall'articolo 23 della legge 31 ottobre 2003, n. 306.

Con tale ultima legge e relativo D.Lgs. delegato 20 agosto 2002, n. 190, modificato ed integrato dal D.Lgs. 17 agosto 2005, n. 189, era stata, infatti, emanata una normativa ampiamente derogatoria, rispetto alla legge-quadro n. 109/94 in materia di infrastrutture.

Tale riforma si caratterizzava per un approccio diverso ed originale rispetto alla legge-quadro indicata, rimettendo in discussione le principali soluzioni operative per una massima semplificazione e liberalizzazione del sistema prevedendo meccanismi d'incentivazione e sostegno economico dei progetti volti alla realizzazione delle infrastrutture strategiche e grandi opere.

Da evidenziare, altresì, le modifiche introdotte al *Titolo V parte seconda della Costituzione* con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 che hanno comportato una ridefinizione del ruolo delle Regioni in un assetto dello Stato di tipo federalista.

Da segnalare, per quanto non disposto dalla legge-quadro e relativo regolamento generale la legislazione antimafia 19 marzo 1990, n. 55 e s.m. ed il nuovo T.U. in materia d'espropriazione per pubblica utilità, di cui al d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 che, pur non riguardando direttamente la materia dei

lavori pubblici, presentava delle interconnessioni per quanto riguarda la programmazione dei lavori e l'acquisizione delle aree necessarie alla relativa esecuzione. Ha fatto seguito il D.lgs. n. 302/2002 che procedeva ad una riscrittura integrale dell'indicato T.U..

Rilevava, ancora, il d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, le modifiche al T.U. in materia di documentazione amministrativa di cui al d.P.R. 7 aprile 2003, 137 ed il D.lgs. n. 42/04 relativo al Codice dei beni culturali.

1.2. Evoluzione della normativa in materia di servizi e forniture

Prima dell'entrata in vigore del Codice la disciplina nazionale relativa agli appalti aggiudicati dagli operatori dei settori speciali era contenuta nel D.lgs. 17 marzo 1995, n. 158, modificato dal D.lgs. 25 novembre 1999, n. 525, che aveva recepito le direttive comunitarie n. 90/531/CE e n. 93/38/CE.

Le fonti interne contenenti la disciplina relativa agli appalti pubblici di forniture e servizi di importo pari o superiore alle soglie comunitarie erano costituite dal D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358, modificato dal D.Lgs. 20 ottobre 1998, n. 402 ed D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, modificato dal D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 65, che recepiscono le direttive 93/36/CE e 92/50/CE.

Per gli appalti di forniture e servizi d'importo inferiore alle soglie comunitarie trovavano applicazione diverse norme tra cui il R.D. n. 2440/1923 ed il T.U. n. 267/2000 per gli enti locali.

Il d.P.R. n. 573/1994 recava norme per la semplificazione dei procedimenti di aggiudicazione di pubbliche forniture di valore inferiore alla soglia comunitaria, con espressa esclusione di quelle effettuate in economia.

Da ricordare, infine, il d.P.R. n. 101/2002 sulle procedure telematiche di acquisto e il Codice dell'amministrazione digitale di cui al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 che rende validi a tutti gli effetti i documenti prodotti e trasmessi in formato elettronico.

1.3. Il codice degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture: cenni sulla disciplina transitoria

La normativa interna, comprendente gli adattamenti richiesti dalla normativa comunitaria, è stata unificata nel D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, integrato, a sua volta, dall'art. 1 *octies* della legge 12 luglio 2006, n. 228 e dal D.Lgs. 26 gennaio 2007, n. 6 che, con un complesso ed articolato regime transitorio disciplina la fase di passaggio dal precedente al nuovo regime.

Sono da segnalare le ulteriori complicazioni derivanti dallo slittamento della decorrenza al 1 agosto 2007 di alcune delle norme introdotte dal Codice e la preannunciata riforma di una parte del Codice stesso che il Governo dovrebbe realizzare entro tale data. In particolare è stato disposto uno slittamento :

- delle disposizioni che consentono l'acquisizione di lavori, servizi e forniture mediante il ricorso a **centrali di committenza** e l'affidamento alle stesse delle funzioni di stazione appaltante di lavori pubblici (art. 33);
- delle disposizioni sul **dialogo competitivo** (art. 58);
- delle disposizioni sulla conclusioni di **accordi quadro** limitatamente ai soli settori ordinari (art. 59);
- delle disposizioni sull'istituzione del ruolo del personale dipendente dell'Autorità (art. 8, co. 6);
- delle disposizioni sull'oggetto del contratto e la tipologia delle **procedure di scelta del contraente** che consentono alla SA di optare per forme di appalto congiunto di progettazione ed esecuzione (c.d. **appalto integrato**, art. 53, co. 2 e 3) e, conseguentemente, anche la definizione degli appalti pubblici di lavori contenuta nell'art. 3, co. 7;
- delle disposizioni che disciplinano l'aggiudicazione mediante **procedura negoziata** previa pubblicazione di un bando di gara (art. 56) e senza pubblicazione di un bando di gara (art. 57);
- delle disposizioni in tema di **obblighi di comunicazione**, riguardanti servizi e forniture, nei confronti dell'Autorità di vigilanza e dell'Osservatorio dei contratti pubblici;
- delle disposizioni sull'estensione dell'istituto dell'**accordo bonario** ai contratti di servizi e forniture (art. 240, co. 22).

Da considerare, altresì, le previsioni contenute nella legge n. 248/2006, (c.d. decreto Bersani) per la parte che incide sulla disciplina delle attività professionali (Art. 2) eliminando l'obbligatorietà delle tariffe ed introducendo la possibilità per i liberi professionisti di far conoscere agli utenti i servizi offerti attraverso la pubblicità su riviste informative di pubblica utilità, nonché la costituzione di società di persone o associazioni tra privati anche multidisciplinari (formate da architetti, avvocati, notai, commercialisti ecc...) nonché per gli articoli 13 e 15 della stessa legge che riguardano il sistema degli affidamenti *in house* dei servizi pubblici locali che appaiono nel contenuto ben più restrittivi rispetto alle precedenti disposizioni.

Da evidenziare, inoltre la presenza di alcune modificazioni contenute nella legge 27 dicembre 2006, n. 296 sulle disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007) riguardanti gli appalti di opere pubbliche mediante servizi finanziari immobiliari ed appalti di servizi mediante locazione finanziaria di beni mobili (leasing immobiliare).

Si segnala, in ultimo, il secondo decreto legislativo correttivo da emanare in attuazione dell'art. 25, comma 3 della legge 18 aprile 2005, n. 62, recante disposizioni correttive ed integrative del codice dei contratti pubblici, attualmente in fase di approvazione con il quale si intendono apportare ulteriori modifiche al Codice mirate ad una definizione della disciplina della materia più organica e condivisa.

In sintesi, un primo gruppo di disposizioni correttive riguarda la concreta attuazione degli istituti giuridici precedentemente oggetto di sospensione ai sensi della L. n. 228/06, nonché del primo decreto legislativo correttivo del Codice n. 6/2007, vengono poi introdotte una serie di correzioni di coordinamento ed alcune previsioni volte a rafforzare la tutela del lavoro.

2. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. (Art. 6)

2.1. Ampliamento della vigilanza in relazione al mutato mercato di competenza esteso anche ai settori speciali (energia, trasporti ecc.)

Il Codice dei contratti pubblici:

- **estende** il potere di vigilanza dell’Autorità anche ai contratti di servizi e forniture ed ai cosiddetti settori speciali;
- amplia i **poteri** dell’Autorità:
- estende la **vigilanza sui “contratti esclusi”** dall’applicazione del Codice, al fine di verificare la legittimità dell’esclusione;
- sancisce la **potestà di annullamento**, in caso di inerzia degli organismi preposti, delle **attestazioni SOA**;
- consente l’**emanazione di pareri non vincolanti sulle procedure di gara**; (ex Art. 6, co. 7, lett. n)
- potenzia la **potestà ispettiva** con l’ausilio della Guardia di finanza.

2.2. Nuovo ruolo dell’Osservatorio (Art. 7)

Il Codice dei contratti ha rafforzato il ruolo dell’Osservatorio e attraverso le attività di acquisizione delle informazioni ed il monitoraggio continuo dell’affidamento e della realizzazione dei contratti, lo configura, quale principale struttura di supporto decisionale dell’Autorità

L’Osservatorio, che svolgerà anche funzioni di “certificazione” per i certificati dei lavori e per gli elenchi di fornitori o prestatori di servizi, estende anche a forniture e servizi tutti i compiti già svolti sviluppando, inoltre, la propria attività in collaborazione anche con la Consip, le cui convenzioni costituiscono parametro di riferimento per la determinazione dei costi standardizzati per i servizi e le forniture.

Al fine di supportare **l’attività di vigilanza**, l’Osservatorio dovrà fornire all’Autorità valutazioni sui comportamenti tipici dei contraenti negli appalti pubblici e concessioni di lavori, servizi e forniture.

Tali valutazioni dovranno riguardare principalmente gli argomenti relativi:

- alla qualità dell'attività amministrativa delle stazioni appaltanti e delle amministrazioni concedenti;
- ai criteri di efficienza e di efficacia, adottati dagli stessi, nelle procedure di gara e di esecuzione dei contratti;
- all'adozione di procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza;
- al rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori;
- all'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare;
- alla regolarità delle procedure per l'affidamento dei contratti;
- alla legittimità della sottrazione di contratti alla disciplina del D.lgs 163/06 ed al rispetto dei principi relativi ai contratti esclusi;
- all'economicità di esecuzione dei contatti;
- ai fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della disciplina legislativa e regolamentare;
- alle azioni che comportino pregiudizio per il pubblico erario;

Al fine di supportare **l'attività di regolazione**, l'Osservatorio dovrà fornire all'Autorità valutazioni sui «fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa» riscontrati negli appalti pubblici e concessioni nei settori dei lavori, dei servizi e delle forniture con particolare riferimento alle patologie relative:

- alla frequenza del ricorso a procedure non concorsuali;
- alla inadeguatezza degli atti di pubblicità;
- allo scostamento dei costi consuntivi da quelli standardizzati;
- alla frequenza del ricorso a sospensioni dei contratti o a varianti in corso d'esecuzione degli stessi;
- al mancato o tardivo adempimento degli obblighi nei confronti dei concessionari e degli appaltatori;
- allo sviluppo anomalo del contenzioso.

L'attribuzione all'Autorità delle competenze aggiuntive sulle acquisizioni di beni e servizi e sui settori speciali comporterà quindi, per l'Osservatorio, un'estensione degli ambiti tutt'ora in osservazione e un conseguente notevole aumento, dato l'elevato numero dei settori merceologici da monitorare, della mole di dati da raccogliere, trattare ed elaborare.

3. Oggetto del contratto, procedure di scelta del contraente e selezione delle offerte

Il contratto d'appalto di lavori, servizi e forniture, le procedure di scelta e selezione delle offerte sono disciplinate all'art. 53 e ss. del Codice dei contratti pubblici.

L'impostazione del Codice **riafferma** sostanzialmente la **tipicità degli istituti contrattuali** idonei alla realizzazione dei lavori pubblici sono **l'appalto e la concessione di costruzione e gestione**.

3.1. Le fattispecie tipiche di appalto

Rispetto all'impostazione della Legge 109/94 le norme del Codice contengono significative novità in ordine a questo profilo. Si prevedono **tre** diverse tipologie contrattuali:

- appalto di **sola esecuzione**
- appalto di progettazione ed esecuzione (**appalto integrato** tipico)
- **appalto integrato complesso**.

3.2. Appalto di sola esecuzione

Nella legge n. 109, la tipologia contrattuale ammessa in via ordinaria era l'appalto di sola esecuzione, mentre l'appalto integrato era consentito – anche dopo le modifiche apportate dalla legge 166/2002 – solo nelle ipotesi specificamente indicate dalle norme di riferimento.

3.3 Appalto di progettazione ed esecuzione (appalto integrato tipico) (art. 53)

L'articolo 53 del Codice dei contratti lascia invece la scelta della tipologia di appalto da utilizzare alla assoluta valutazione discrezionale dell'ente appaltante, stabilendo a carico di quest'ultimo l'onere di motivare in maniera specifica la scelta sulle tipologie che prevedono la redazione della progettazione in capo all'appaltatore (secondo e terzo tipo). Da rilevarsi che, nell'assolvere tale onere l'ente appaltante, come espressamente previsto dal

comma 2, può fare riferimento alle esigenze tecniche, organizzative ed economiche. La formulazione piuttosto generica lascia evidentemente notevoli margini di azione nell'individuazione dei motivi che legittimano l'amministrazione a ricorrere alle due tipologie contrattuali più complesse. La scelta operata dalla stazione appaltante in merito alla tipologia di appalto che intende utilizzare deve essere contenuta nel decreto o nella determina a contrarre ovvero, per le stazioni appaltanti diverse dalle pubbliche amministrazioni, direttamente nel bando di gara.

3.4. Differenze fra le due tipologie di appalto

Nello specifico **la prima tipologia** di appalto è quella che ha per oggetto la sola esecuzione dei lavori, rappresenta l'ipotesi classica e più semplice dove il solo obbligo contrattuale per l'appaltatore è la puntuale esecuzione dei lavori definiti nel progetto esecutivo predisposto dall'amministrazione e posto a base di gara.

La **seconda tipologia** è l'appalto avente a oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori e rappresenta l'ipotesi di **appalto integrato**, già previsto dalla legge n. 109 con la sostanziale differenza rispetto a quest'ultima, che il Codice ammette il ricorso a questa tipologia di appalto in termini generali, mentre la legge n. 109 circoscriveva il suo utilizzo esclusivamente ai casi di lavori di importo inferiore a 200mila euro o superiore a 10 milioni di euro, nonché di lavori con prevalenza della competente impiantistica o tecnologica o di manutenzione, restauro e scavi archeologici. Per questa tipologia di appalto, l'obbligazione contrattuale prevista per l'appaltatore consiste nella redazione della progettazione esecutiva e dell'esecuzione; il progetto definitivo è redatto dall'amministrazione e posta base di gara.

Si ritiene, altresì, opportuno richiamare le considerazioni esposte dall'Autorità nella determinazione n. 31/02 circa la possibilità per le imprese in possesso di qualificazione per progettazione e costruzione di poter partecipare alle gare di appalto integrato senza l'indicazione o l'associazione di progettisti qualora siano in possesso dei requisiti previsti dal bando in conformità a quanto

richiesto dalla normativa in materia di gare di progettazione di cui al titolo IV del d.P.R. 554/1999.

3.5. Appalto integrato complesso

Per la terza tipologia di appalto l'oggetto del contratto è costituito (come nella tipologia precedente) dalla progettazione esecutiva e dall'esecuzione dei lavori ma a differenza dell'appalto integrato in senso puro, in questo terzo tipo viene redatta dall'appaltatore anche la progettazione definitiva già in sede di offerta e non in adempimento degli obblighi contrattuali.

L'amministrazione si limita pertanto a redigere un progetto preliminare che viene posto a base di gara, unitamente a un capitolato prestazionale. L'offerta dei concorrenti è costituita dal progetto definitivo e dal prezzo; il solo concorrente aggiudicatario, in sede di esecuzione del contratto, provvede poi alla redazione del progetto esecutivo (oltre che, evidentemente, all'esecuzione dei lavori).

Tale ipotesi potrebbe richiamare la tradizionale figura dell'appalto concorso, con due sostanziali differenze rispetto all'appalto concorso disciplinato dalla legge n. 109.

La prima riferita al ricorso **all'appalto concorso** che era circoscritto a particolari ipotesi e circondato da rigorosi limiti (lavori di importo superiore a 25 milioni di euro relativi a opere particolarmente complesse o a elevata componente tecnologica, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici) mentre **le nuove disposizioni consentono l'utilizzo di tale appalto integrato complesso senza alcun vincolo né procedurale né sostanziale** e la seconda differenza riguardante il contenuto dell'offerta del concorrente che partecipava alla procedura di appalto concorso che nella legge 109 era comprensivo del progetto esecutivo, mentre nel Codice i concorrenti devono limitarsi a redigere, in sede di gara, unicamente il progetto definitivo.

Tale previsione comporta comprensibili riflessi sul criterio di aggiudicazione utilizzabile che non può che essere quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il quale consente una valutazione anche degli aspetti tecnico-qualitativi dell'offerta. In questo senso, l'utilizzo di questa terza tipologia di

appalto dà luogo, nei fatti, a una oggettiva limitazione del principio dell'equiparazione dei criteri di aggiudicazione affermato dal Codice.

4. Sistemi di scelta per l'individuazione degli offerenti (art. 54 e ss D.Lgs. 163/06)

Le procedure utilizzate per l'individuazione degli operatori economici che possono presentare offerte consistono in procedure aperte, ristrette, negoziate, ovvero dialogo competitivo.

Il contratto viene aggiudicato alle condizioni specifiche espressamente previste a mezzo di procedure **aperte e ristrette (art. 55)**; procedure **negoziate con** (art. 56) o **senza** (art. 57) pubblicazione di un **bando** di gara.

4.1. Procedure aperte e ristrette (art. 55)

- **Procedure aperte** (ex pubblico incanto) sono quelle in cui ogni operatore economico interessato può presentare offerta.

Il sistema della procedura aperta si caratterizza, rispetto a quella ristretta, sotto il profilo della massima pubblicizzazione della fase concernente l'apertura delle buste contenenti la documentazione di rito e le offerte economiche, ed offre massime garanzie di regolarità in quanto assoggetta l'intero procedimento di gara al controllo incrociato di tutti i concorrenti che sono portatori d'interessi tra loro contrapposti in ordine all'aggiudicazione del contratto

- **Procedure ristrette** (ex licitazione privata) sono quelle alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare ed in cui, tuttavia, possono presentare offerte soltanto gli operatori economici appositamente invitati dalle stazioni appaltanti.

In base al nuovo Codice dei contratti, nelle **procedure ristrette relative a servizi o forniture, ovvero a lavori di importo pari o superiore a quaranta milioni di euro, nonché** nelle procedure **negoziate con pubblicazione di un bando di gara e nel dialogo competitivo** quale che sia l'oggetto del contratto, le stazioni appaltanti, quando lo richieda la difficoltà

o la complessità dell'opera, della fornitura o del servizio, possono limitare il numero dei candidati idonei che inviteranno a presentare un'offerta, a negoziare, o a partecipare al dialogo, purché vi sia un numero sufficiente di candidati idonei. Quando si avvalgono di tale facoltà, le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara i criteri oggettivi, non discriminatori, secondo il principio di proporzionalità che intendono applicare, il numero minimo dei candidati che intendono invitare e, ove lo ritengano opportuno per motivate esigenze di buon andamento, il numero massimo (prevedendo la cosiddetta " *forcella* "). Nelle procedure ristrette, il numero minimo dei candidati non può essere inferiore a dieci, ovvero a venti per lavori di importo pari o superiori a quaranta milioni di euro, se sussistono in tale numero soggetti idonei.

Le **SS.AA. scelgono di preferenza la procedura ristretta quando** il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione o quando il criterio di aggiudicazione è quello **dell'offerta economicamente più vantaggiosa**.

Le concessioni di lavori pubblici, in particolare, possono essere affidate ai sensi dell'art. 144 del Codice dei contratti oltre che con procedura aperta anche con procedura ristretta utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

4.2. Procedure negoziate con (art. 56) o senza (art. 57) pubblicazione di un bando di gara. (Rinvio dell'entrata in vigore al 1/08/07)

Le **procedure negoziate** (ex trattativa privata) sono quelle in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni del contratto.

In base al Codice (art. 56), le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici con procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara:

- a) quando, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate sono irregolari ovvero inaccettabili, in relazione a quanto disposto dalla normativa riguardante i requisiti degli offerenti e delle offerte. In tale ipotesi, nella procedura

negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto.

- b) in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, servizi, forniture, la cui particolare natura o i cui imprevisti, oggettivamente non imputabili alla SA, non consentano la fissazione preliminare e globale dei prezzi;
- c) limitatamente ai servizi, nel caso di servizi rientranti nella cat. 6 dell'all. IIA e di prestazioni di natura intellettuale, quali la progettazione di opere, se la natura della prestazione da fornire renda impossibile stabilire le specifiche del contratto con la precisione sufficiente per poter aggiudicare l'appalto selezionando l'offerta migliore secondo le norme della procedura aperta o della procedura ristretta;
- d) nel caso di appalti pubblici di lavori, per lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto, e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e sviluppo.

Le stazioni appaltanti **possono omettere** (art. 57) **la pubblicazione del bando di gara nelle ipotesi previste (art. 57, co. 2, lett. a, b, c) dal codice e con obbligo di motivazione** trascritto nella delibera o determina a contrarre.

La procedura è consentita:

- a) qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto.
- b) Qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;
- c) Nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le SA, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate, previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze richiamate a giustificarne l'urgenza non devono essere imputabili alla SA.

Nei casi indicati, le stazioni appaltanti negoziano con gli offerenti le offerte da questi presentate per adeguarle alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d'oneri e negli eventuali documenti complementari e per cercare l'offerta migliore. Nel corso della negoziazione le stazioni appaltanti garantiscono *par condicio* e non discriminazione, rotazione fra tutti gli offerenti, con la previsione di un numero di almeno tre soggetti idonei per la presentazione dell'offerta.

4.3. Dialogo competitivo (Art. 56, Art. 58) (Rinvio dell'entrata in vigore al 1/08/07)

Il **dialogo competitivo** è una procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale la stazione appaltante 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.

Le stazioni appaltanti, quando ricorrono alla facoltà di ridurre il numero delle soluzioni da discutere o di offerte da negoziare nel **dialogo competitivo**, di cui all'art. 56, comma 4, e all'art. 58, comma 9, del Codice dei contratti, effettuano tale riduzione applicando i criteri di aggiudicazione indicati nel bando di gara, nei capitolati d'oneri e nel documento descrittivo. Nella fase finale, tale numero deve consentire di garantire una concorrenza effettiva, purché vi sia un numero sufficiente di soluzioni o di candidati idonei.

Il sistema prevede una fase anteriore alla vera e propria procedura, mediante la quale l'amministrazione fissa le specifiche tecniche a base di gara d'accordo con i candidati e in ossequio ai propri obiettivi.

Tale procedimento, caratterizzato da una maggiore flessibilità nelle fasi di individuazione dell'aggiudicatario, consente l'adozione della migliore soluzione per il perseguimento degli scopi e introduce un miglioramento della competizione basato sulle migliori soluzioni tecniche da adottare.

In questo modo i bisogni della stazione appaltante possono essere costruiti aprendo un vero e proprio dialogo con i propri fornitori.

5. Ulteriori figure contrattuali (in deroga alle procedure ordinarie di appalto): lavori in economia, contratti di sponsorizzazione, Vendita di cosa futura, *leasing* immobiliare

5.1. lavori in economia e contratti di sponsorizzazione

In analogia alla disciplina previgente (l. 109/1994) **permane** la possibilità di ricorrere all'affidamento dei **lavori in economia** (nei limiti di importo e di tipologie di opere per i quali ne si consente l'ammissibilità) – e ai **contratti di sponsorizzazione** previsti dalla legge 166/02 e richiamati nell'art. 26 del Codice. Agli stessi **si applicano i principi generali del Trattato UE** per quanto attiene alla scelta dello sponsor e sono sottratti, quindi, alla disciplina (dell'evidenza pubblica) prevista dal Codice tranne che per la parte relativa alle norme di normazione dei requisiti dei progettisti e degli esecutori dei lavori.

Il contratto di sponsorizzazione **consiste nell'affidamento a soggetto privato dell'attività di progettazione, esecuzione, direzione e collaudo** relativi a lavori di ristrutturazione di un immobile di proprietà pubblica con assunzione a carico dello stesso privato dell'onere economico dell'intervento. Il ritorno economico del privato si sostanzia in un ritorno pubblicitario legato alla diffusione del proprio nome e della propria immagine associata a quella dell'amministrazione committente.

5.2. vendita di cosa futura

Appare **non chiarificata l'ipotesi** di ricorso a strumenti alternativi quali **il leasing immobiliare o la compravendita di cosa futura** sebbene l'orientamento giurisprudenziale non abbia mai negato perentoriamente la possibilità di utilizzo di tali istituti atipici.

In alternativa al contratto di appalto, per la realizzazione di un'opera pubblica è teoricamente ipotizzabile il ricorso all'istituto della **vendita di cosa futura** di cui all'art. 1472 del Codice civile, o al cosiddetto **leasing immobiliare**.

La vendita di cosa futura ex art. 1472 c.c. è istituto ipotizzabile per la realizzazione di opera pubblica. L'amministrazione acquista da un privato venditore un immobile che dovrà essere eseguito su un'area di sua proprietà.

Esso istituto si pone in alternativa all'appalto di opera pubblica, che resta il sistema ordinario per l'acquisizione di opere di pertinenza pubblica; pertanto il ricorso alla vendita di cosa futura, onde non sostanziare un sistema per eludere la concorrenza, è da applicarsi soltanto in costanza di un bene considerato "unico" ed in quanto tale non acquisibile con il sistema ordinario di appalto. Vista la peculiarità della procedura, il ricorso alla stessa va adeguatamente motivato e documentato da parte dell'amministrazione che non può e non deve operare in termini di discrezionalità ma in termini restrittivi dati dall'eccezionalità della situazione di acquisto.

(cenno alla determinazione riguardante gli ospedali)

5.3. *leasing* immobiliare (istituto atipico in deroga alla normativa generale in materia di appalto pubblico)

Il **leasing immobiliare** è istituto mediante il quale l'amministrazione s'impegna a pagare ad una società di *leasing* un canone per l'utilizzo di un'opera con facoltà di riscatto al termine della locazione.

Le stesse considerazioni valgono per il *leasing* immobiliare poiché anch'esso, sia pure con il vantaggio dell'anticipazione del costo del bene da parte della società di *leasing*, implica un affidamento diretto del lavoro e comporta nella scelta dell'esecutore un'elusione alla normativa sulla concorrenza ed evidenza pubblica.

(cenno alla determinazione riguardante le carceri)

Un esempio è stato la Polis di Lucca.....

6. La Finanza di Progetto (Project Financing) (Art. 153 e ss.)

- E' una metodologia di finanziamento applicabile a progetti dotati di autonoma capacità di generare ricavi che consente, attraverso una struttura contrattuale di allocazione dei rischi, di garantire le ragioni di credito dei finanziatori, in tutto od in parte, con i flussi di cassa attesi dal Progetto, limitando gli impegni a carico dei promotori.
- Il Codice dei contratti pubblici ha riprodotto pressochè testualmente la disciplina relativa alla finanza di progetto come contenuta negli articoli dal 37 *bis* al 37 *nonies* della legge n. 109/1994.

6.1. Vantaggi derivanti dall'applicazione della procedura di P.F.

- Si sollevano le Pubbliche Amministrazioni, in tutto o in parte, dagli oneri relativi al finanziamento di un'opera infrastrutturale, focalizzandone l'attività sugli aspetti regolatori (qualità del servizio, modalità di erogazione, ed eventualmente livelli tariffari);
- Si affida al settore privato la gestione dell'opera, incentivandone il livello di efficienza ed assicurandone la piena utilizzazione commerciale
- Si tende a costituire uno strumento coerente con gli obiettivi fissati e perseguiti dall'Amministrazione, ispirati a:
 - principi di trasparenza e di efficienza nell'azione amministrativa e nell'allocazione delle risorse pubbliche
 - meccanismi di responsabilizzazione e misurabilità dell'operato amministrativo, anche attraverso forme di cooperazione con il settore privato.
- Il progetto viene valutato dai finanziatori principalmente (ma non esclusivamente) per la sua capacità di generare flussi di cassa
- I suddetti flussi di cassa, connessi alla gestione del progetto, costituiscono la fonte primaria per il rimborso del debito e per la remunerazione del capitale di rischio
- La fase di gestione dell'opera costituisce elemento di primaria importanza (al pari della sua costruzione), in quanto soltanto una gestione efficace e

qualitativamente elevata consente di generare i flussi di cassa necessari a soddisfare banche ed azionisti

- Le principali garanzie connesse all'operazione sono di natura contrattuale piuttosto che di natura reale
- L'operazione è caratterizzata da un importante processo di negoziazione tra i diversi soggetti coinvolti (azionisti, banche, controparti commerciali), avente una durata variabile e volto alla ripartizione dei rischi dell'iniziativa tra i diversi partecipanti

6.2. Tipologia dei progetti

- opere "calde"

Progetto che si ripaga autonomamente, in quanto dotato di una intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza, che consentono al settore privato un integrale recupero dei costi di investimento nell'arco della vita della concessione (es. autostrade)

- opere "fredde"

Progetto che si ripaga attraverso pagamenti effettuati dalla Pubblica Amministrazione (es. carceri, scuole, ospedali)

- opere "tiepide"

Progetto che richiede una componente di contribuzione pubblica, in quanto i ricavi da utenza non sono sufficienti a ripagare interamente le risorse impiegate per la loro realizzazione ed in cui, per consentirne la fattibilità finanziaria, è necessario un contributo pubblico

6.3. Trasposizione nel Codice, agli artt. 153 ss. degli artt. 37 bis ss. della Legge Merloni

- La possibilità di ricorrere alla finanza di progetto è stata espressamente estesa anche ai servizi (art. 152, comma 3).
- Viene meglio chiarito che l'alea della gestione dell'opera deve rimanere al concessionario: la controprestazione del concessionario (art. 143, commi 3 e 4) consiste di regola unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati e anche in un prezzo "qualora

al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa" . Nella determinazione del prezzo si deve tener conto della eventuale prestazione di beni e servizi da parte del concessionario al concedente.

- Rimane in vigore il dPR 554/99 fino all'emanazione del nuovo regolamento attuativo del Codice.

6.4. Problemi e prospettive future

- Difficoltà nella programmazione da parte della P.A.
- Contenuto dello Studio di Fattibilità
- Eccesso di vincoli alla presentazione delle proposte
- Procedure di aggiudicazione troppo complesse
- Rischi della fase di realizzazione e gestione dell'opera
- Garanzie offerte ai finanziatori

7. Allineamento alla normativa comunitaria: L'avvalimento

7.1. Istituto dell'avvalimento (Art. 49* e 50)

**(A seguito dell'entrata in vigore del D.l.vo n. 6/07 è stata soppressa la proroga dell'entrata in vigore dell'art. 49, comma 10 che risulta, pertanto, operativa dal 15 febbraio 2007.)*

Il Codice, recepisce un principio comunitario di grande rilevanza e portata innovativa: l'istituto dell'avvalimento che introduce nel nostro ordinamento il principio secondo il quale in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, e forniture un concorrente può partecipare alla stessa facendo riferimento al bagaglio di referenze di un altro soggetto soddisfacendo la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, nonché di attestazione SOA avvalendosi dei requisiti di un soggetto terzo.

Il Codice dei contratti pubblici contiene la disciplina relativa **all'avvalimento** nella parte II, titolo I, capo II, negli articoli 49 e 50, non compresi tra quelli richiamati dall'art. 206 ai fini della relativa applicazione ai settori speciali. Il che, tuttavia, non comporta che l'istituto dell'avvalimento non trovi applicazione per i settori indicati dal momento che agli articoli 49 e 50 fanno esplicito riferimento i successivi articoli 230, 232 e 233, concernenti specificamente detti settori, dello stesso Codice.

7.2. Tipologie di avvalimento

Avvalimento ordinario utilizzabile da tutti gli operatori economici in occasione della singola gara.

Avvalimento speciale utilizzabile ai fini del conseguimento della qualificazione SOA, consentito sole imprese facenti parte del medesimo *gruppo*, modellato sulle ipotesi del controllo societario di cui all'art. 2359 del Codice civile e del quale la specifica disciplina è rimessa all'emanando regolamento di attuazione dello stesso Codice.

7.3. Ambito di applicazione

L'*avvalimento* ha carattere generale e può riguardare tutti i requisiti, materiali ed immateriali relativi alla capacità economica e finanziaria e tecnico-professionale dell'avvalente; non può, invece, riguardare i requisiti soggettivi di carattere generale. A differenza di quanto avviene nei raggruppamenti temporanei di imprese, nel caso dell'*avvalimento* è la sola impresa avvalente che partecipa alla gara, sottoscrive l'offerta e resta direttamente obbligata all'adempimento della prestazione in caso di aggiudicazione. L'impresa avvalsa è obbligata a mettere a disposizione della prima i propri mezzi e le proprie maestranze necessarie ad eseguire la prestazione conformemente all'impegno assunto con l'impresa concorrente; tale impegno deve essere assunto anche nei confronti della stazione appaltante ed implica una responsabilità solidale dell'impresa avvalsa che, per essere relativa alle *prestazioni oggetto del contratto*, non sembra frazionabile e circoscrivibile- così come avviene nel caso del subappalto- all'inadempimento delle sole prestazioni ad essa rimesse.

7.4. Orientamento giurisprudenziale comunitario e nazionale

Corte di Giustizia comunitaria (Corte Giust. CE sez. V, 14 aprile 1994, in C-389/92).

All'*avvalimento* ha fatto, in più occasioni, riferimento la Corte di giustizia comunitaria, la quale, superando gli aspetti giuridico formali, a vantaggio di quelli economico-sostanziali, ha enunciato il principio per cui, nella verifica della sua capacità economico- finanziaria e tecnico- organizzativa, l'operatore economico può fare riferimento a referenze non possedute direttamente ma proprie di altri soggetti, di cui, tuttavia, dimostri di avere la disponibilità. In particolare, secondo la Corte comunitaria una *holding* che non esegue direttamente le opere, perché le sue consociate che se ne occupano sono persone giuridiche distinte, non può per tale motivo essere esclusa dalle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, qualora disponga effettivamente dei mezzi di tali consociati necessari all'esecuzione dei lavori

Consiglio di Stato (Cons. St. Sez. IV, 14 febbraio 2005, n. 435).

Il principio dell'*avvalimento* è stato anche ripreso dalla giurisprudenza amministrativa interna, secondo cui la direttiva comunitaria relativa ai servizi pubblici, per comprovare il possesso dei requisiti economici e tecnici di partecipazione alla gara dell'impresa concorrente, consente di fare riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura dei vincoli che ha con essi a condizione che sia in grado di provare (con qualsiasi mezzo) la disponibilità effettiva dei mezzi aziendali dei terzi indispensabili all'esecuzione degli appalti

7.5. Disciplina dell' "avvalimento" applicabile ai consorzi stabili per appalti di servizi e appalti di lavori

Ai consorzi con personalità giuridica che partecipano agli appalti di servizi non può applicarsi la disciplina dettata, per gli appalti di lavori pubblici, dall'articolo 11 della legge n. 109/1994, secondo il quale solo i consorzi privi di personalità giuridica possono essere equiparati alle associazioni temporanee di imprese ai fini del cumulo dei requisiti di capacità tecnica, economica e finanziaria posseduti singolarmente dai consorziati. La previsione dell'articolo 11 dell'indicata legge n. 109/1994, n. 109 e successive modificazioni non è, infatti, espressione di un principio, ma vale solo per le gare di lavori pubblici, atteso che nel diritto comunitario vale l'opposto principio, secondo cui il concorrente alla gara di appalto può avvalersi dei requisiti di capacità economico, finanziaria e tecnica di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi e purché provi che disporrà effettivamente dei mezzi necessari (Cons. St. Sez. VI, 20 dicembre 2004, n. 8145). Il principio dell'*avvalimento* è stato esplicitamente richiamato dagli articoli 47, comma 2 e 48, comma 3, della direttiva 2004/18/CE, secondo cui un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi ed alla sola condizione di poterne effettivamente disporre dei relativi mezzi e capacità.

7.6. Problematiche relative al recepimento dell'istituto nel diritto interno

Sembra tale istituto di difficile applicazione nell'ordinamento nazionale in considerazione del fatto che viene consentito alle imprese non qualificate di partecipare alla gare utilizzando i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico- organizzativa di altre imprese, dei quali esse dimostrano di avere la disponibilità. L'*avvalimento* avviene utilizzando le attestazioni SOA delle imprese avvalse; tali attestazioni sostituiscono le dichiarazioni e/o le certificazioni che le imprese devono rendere per poter partecipare alle gare e comprovano l'esperienza tecnica, i requisiti economici, finanziari e organizzativi delle imprese operanti nel settore dei lavori pubblici.

All'avvalimento si ritiene possa ricorrere non soltanto la società madre del gruppo che partecipi all'appalto, ma anche una società del gruppo che sia in grado, per i collegamenti interni al gruppo stesso, di avvalersi delle prestazioni e dei requisiti di altra società compresa nel gruppo medesimo e ad esso facente capo.

La disciplina comunitaria (art. 47 e 48 della direttiva 2004/18/CE, relativa ai lavori, servizi e forniture; norme analoghe sono contenute nella direttiva 2004/17/CE relativa ai settori speciali) non impone una valutazione basata su presupposti specifici e predeterminati, né impone che la valutazione stessa preceda necessariamente l'espletamento della gara; con la conseguenza che, laddove la concorrente abbia fornito elementi che la p.a. ha ritenuto sufficienti a corroborare il ricorso all'avvalimento, deve ritenersi pienamente rispettata la disciplina comunitaria di settore (C.St.5194/05).