

A cura di Andrea Mascolini
(Dir. Uff. legale e legislativo OICE)

Deroghe alla Merloni per gli appalti dei beni culturali

Il decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 30 (GURI 7.2.2004) recante norme sugli appalti nel settore dei beni culturali, costituisce un provvedimento che delinea un sistema di regole specifiche per il settore dei beni culturali, in buona parte svincolato dai paletti che caratterizzano le procedure di appalto e di progettazione previste per le opere "tradizionali".

Se infatti nel decreto è contenuto un rinvio di carattere generale alla Legge 109/94 (Legge Merloni) per tutto quanto non disposto dal decreto (rinvio da intendersi anche alle norme di cui ai regolamenti attuativi della legge 109/94, come ad esempio quello generale, il Dpr 554/99), rimane il fatto che le modifiche espressamente previste incidono in maniera rilevante su alcuni importanti principi della Legge 109.

Venendo al merito delle disposizioni che riguardano lo svolgimento dei servizi di ingegneria e architettura, compresa la direzione dei lavori, il provvedimento si muove da un lato prevedendo una integrazione della normativa generale prevista dalla legge 109/94 e, dall'altro lato, introducendo delle deroghe alla stessa normativa della legge 109/94.

a) Le schede tecniche

Un primo principio di carattere generale è quello che ammette la possibilità, per interventi di particolare complessità o che si segnalino per caratteristiche specifiche, che la stazione appaltante preveda, in fase di progettazione preliminare, l'obbligo di predisporre a cura del progettista una o più schede tecniche.

Queste schede devono servire "alla puntuale individuazione delle caratteristiche del bene oggetto dell'intervento da realizzare". Se, in via generale, la predisposizione di queste schede è facoltativa, (cioè è la stazione appaltante che deve scegliere se prevedere nel bando di gara l'obbligo di predisporre tali schede) diventa invece un obbligo in presenza di interventi relativi ai beni mobili e alle superfici decorate di beni architettonici, dal momento che si tratta di intervento di particolare pregio e delicatezza.

Dal punto di vista della competenza alla redazione di queste schede, il decreto precisa che esse devono essere predisposte e sottoscritte da professionisti o restauratori con specifica competenza sull'intervento oggetto della scheda. La qualifica ad operare in tale veste viene attribuita, sulla base di un decreto del Ministero

dei beni culturali (il d.m. 420/2001), ai laureati o ai diplomati delle scuole di restauro.

Se poi si dovesse trattare di interventi relativi a beni mobili e alle superfici decorate dei beni architettonici scatta la competenza esclusiva dei restauratori di beni culturali.

b) Il ruolo dei restauratori

La presenza dei restauratori appare quindi centrale per queste tipologie di interventi il che condiziona anche la composizione della compagine progettuale che si candida all'affidamento degli incarichi di progettazione la quale dovrà avere al suo interno tale figura, competente in via esclusiva per questi casi, cosa peraltro già prevista dall'art. 17 della legge 109/94.

Va peraltro notato che il decreto opera una sorta di coordinamento con la legge 109/94 stabilendo che in tutte le attività inerenti lavori, forniture o servizi sui beni presi in considerazione dal decreto, "laddove non sia prevista necessariamente una idonea abilitazione professionale", la progettazione, la direzione dei lavori e il supporto tecnico alle attività del responsabile unico del procedimento possono essere espletate anche da un soggetto con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa.

Con riguardo ad interventi nel settore dei beni culturali, la presenza del restauratore deve poi essere assicurata, sempre, anche nell'ufficio di direzione del direttore dei lavori come assistente con funzioni di direttore operativo. Sarà inoltre compito delle Amministrazioni aggiudicatrici, anche mediante il ricorso a convenzioni quadro stipulate con le compagnie assicurative interessate, provvedere alle coperture assicurative richieste dalla legge per l'espletamento degli incarichi di progettazione e altri servizi di ingegneria, coperture il cui importo sarà determinato dal responsabile del procedimento in relazione all'entità dei rischi connessi alla progettazione e alla esecuzione e ai dati storici relativi ad interventi analoghi.

c) Le procedure di affidamento

Sulle procedure di affidamento degli incarichi di progettazione il decreto nulla dice, il che dovrebbe comportare il rinvio implicito alla normativa generale prevista dalla legge quadro sui lavori pubblici (affidamento fiduciario fino a 100.000 euro, licitazione privata nazionale fino a 236.000 euro e gara comunitaria oltre i

236.000 euro).

Appare evidente, però, che proprio le disposizioni che prevedono un ruolo così ampio alle figure dei restauratori imporrà alle compagini che si candidano alle gare di progettazione una attenta valutazione nella messa a punto del team progettuale specifico.

d) I livelli di progettazione

Per quel che riguarda il livello di progettazione da porre a base di gara il decreto specifica che la regola generale è che sia il progetto definitivo ad essere posto a base di gara per l'affidamento dei lavori, insieme al capitolato speciale e allo schema di contratto.

Ciò comporta che la realizzazione dei lavori prescinde dall'avvenuta redazione del progetto esecutivo che comunque viene predisposta dall'appaltatore.

La regola generale viene integrata dalla consueta deroga per gli interventi su superfici decorate in cui si può appaltare anche sul preliminare e lo sviluppo della progettazione fa parte del contratto di appalto, come se si trattasse di un appalto integrato. In questo caso il decreto prevede che "quando l'affidamento ha ad oggetto la progettazione e l'esecuzione dell'intervento, l'aggiudicazione avviene in ogni caso secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa."

Sarà poi il Responsabile del procedimento a procedere alla verifica del raggiungimento dei livelli di progettazione richiesti dal bando di gara e anche a validare il progetto da porre a base di gara e in ogni caso il progetto esecutivo (predisposto, evidentemente, dall'impresa di costruzioni).

Non si può invece prescindere dalla redazione del piano di manutenzione.



Illegittimi i bandi ANAS di supporto alla progettazione: il Consiglio di Stato ha dato ragione all'OICE

La seconda sezione del Consiglio di Stato, con il parere del 12 novembre 2003, n. 1855 ha affermato che i bandi di supporto alla progettazione emessi dall'ANAS nei mesi scorsi sono illegittimi per violazione della legge 109/94. Il parere dei giudici di Palazzo Spada è stato reso all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici cui l'OICE si era rivolta a dicembre del 2002 per evidenziare che, di fatto, l'Ente di Via Monzambano aveva chiesto al mercato dell'ingegneria prestazioni che, sia pure definite di supporto alla progettazione, si risolvevano, nel merito, in una vera e propria attività di progettazione, con conseguente elusione della tariffa professionale e del divieto di frazionamento della progettazione stessa. L'OICE aveva rappresentato la propria posizione nel corso di una audizione tenutasi un anno fa presso l'Autorità alla quale avevano partecipato anche il CNI e l'Anas.

L'Autorità, però, invece di emettere la deliberazione, in considerazione della rilevanza della questione posta aveva ritenuto opportuno chiedere al Consiglio di Stato un parere che, sia pure con un certo ritardo, adesso è arrivato accogliendo appieno la linea dell'OICE. In particolare il Consiglio di Stato doveva risolvere la seguente questione: è possibile per una stazione appaltante affidare all'esterno della propria struttura, come mero servizio di ingegneria e architettura ai sensi del d.lgs. 157/95 attività che costituiscono sostanziali parti della progettazione preliminare e che sono invece formalmente qualificate nei bandi emessi dall'ANAS come mero supporto alla progettazione stessa, di per sé non esauritive del livello progettuale?

Al riguardo i giudici chiariscono innanzitutto che "la progettazione può scindersi in due sub-procedimenti operativi costituiti per un verso da una serie di attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione e per l'altro, dalla stessa progettazione in senso proprio".

Operato questo distinguo il Consiglio di Stato esamina tutte le norme della legge 109/94 e del Regolamento (Dpr 554/99) concernenti i contenuti del livello preliminare di progettazione e l'affidamento degli incarichi di pro-

gettazione e delle attività di supporto, giungendo alla conclusione che "si può distinguere fra progettazione preliminare, tendenzialmente unitaria, e altre attività tecnico-amministrative ad essa connesse". La progettazione viene delineata come "opera dell'ingegno di carattere creativo, originale e innovativo, di contenuto complesso che rappresenta l'idea dell'opera", l'attività connessa alla progettazione è invece "attività di semplice supporto, preventivo o successivo alla prima che si risolve in indagini, rilievi, ispezioni e localizzazioni, ecc. ".

La progettazione, per il Consiglio di Stato, è "unitaria" e ciò si desume anche dalla modifica introdotta dalla legge 415/98 che ha eliminato la possibilità di affidare a terzi "parti del progetto", non consentendo più – dice il Consiglio di Stato – la "frazionabilità di singoli aspetti progettuali".

E anche la norma sul subappalto – citata dalla difesa dell'ANAS – conferma non tanto la scorporabilità dell'attività progettuale e la sua affidabilità a soggetti diversi, quanto "il principio contrario": l'affidamento di indagini, rilievi, sondaggi, elaborati specialistici, costituisce oggetto di subcontratto il quale, come noto, presuppone già un rapporto principale di appalto di servizio progettuale". Se quindi è vero che non tutte le attività tecniche devono essere svolte dal progettista, il Consiglio di Stato ribadisce che ciò è vero nel senso che il progettista può non svolgere direttamente quelle attività di carattere materiale e non elaborativi e creativo, ma non anche quelle costituenti uno degli aspetti caratteristici della progettazione". Precipitati tutti questi aspetti il Consiglio di Stato conclude che "leggendo il contenuto dei bandi redatti dall'ANAS e delle relative prestazioni di servizi non progettuali appare di tutta evidenza come gran parte dell'attività richieste siano espressione di tipica attività di progettazione di natura creativa e non solo ricognitiva o valutativa dell'esistente, cioè di semplice supporto o accessoria".

Da ciò deve discendere, per il Consiglio di Stato, che "i bandi dell'ANAS non appaiono legittimi alla luce dei principi di diritto sopra esposti".

Concessionario "pubblico" se la Regione ha il 51%

L'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici ha stabilito, con deliberazione n. 1/04, che l'Arcea Lazio (società per azioni tra Regione Lazio, Autostrade e altri soci privati) ha natura di organismo di diritto pubblico, in quanto controllata al 51% dalla regione. Essa è pertanto soggetta alla disciplina normativa e regolamentare sui lavori pubblici, ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. a) della legge 109/94. In particolare l'Authority, riferendosi ad una sentenza del Consiglio di Stato n. 3090/01, che attribuiva la natura di organismo pubblico alla società Autovie Venete, specificava che, per l'esecuzione dei lavori pubblici e per l'attività di progettazione, non è ammesso rivolgersi al socio privato di minoranza né a società collegate, anche se la scelta del socio fosse avvenuta tramite gara. Da ciò l'Autorità fa discendere che sia i lavori, sia la progettazione devono essere affidati a soggetti terzi rispetto alla società e ciò anche se i soci privati (imprese e progettisti) siano stati scelti in gara.

E' lo Stato che individua le figure professionali

La Corte Costituzionale con sentenza 353/03 ha dichiarato incostituzionale la legge n. 25/02 del Piemonte, riconoscendo che l'individuazione delle figure professionali (in particolare quelle relative alle pratiche terapeutiche sanitarie come l'omeopatia e la fitoterapia) è di competenza dello Stato. La legge 25/02 attribuiva la regolamentazione delle suddette pratiche non convenzionali alla regione Piemonte ed istituiva pertanto un registro per le pratiche suddette ed una commissione permanente presso l'assessorato regionale della sanità.

La Corte Costituzionale, su ricorso della presidenza del consiglio dei ministri, rilevava la incostituzionalità della legge in questione per violazione dell'art. 117 Cost., secondo cui, la regione ha la competenza concorrente in materia di professioni. La sentenza quindi ribadisce che rientra nella competenza dello Stato la fissazione dei principi generali.

Modifiche "comunitarie" alla Merloni

Nel disegno di legge approvato il 3 febbraio dal Consiglio dei Ministri e recante la c.d. "Legge comunitaria per il 2004", il Governo propone diverse modifiche alla legge quadro sui lavori pubblici.

Le modifiche proposte nel disegno di legge (che adesso dovrà essere esaminato dal Parlamento) originano dalla necessità di rispondere alle censure avanzate dalla Commissione europea che aveva inviato, nell'ottobre scorso, un parere motivato che, a sua volta, seguiva la lettera inviata a dicembre 2002 dalla Direzione generale Mercato interno e preludeva all'apertura formale della procedura di infrazione di fronte alla Corte di giustizia europea.

Nel merito le modifiche di immediato interesse per l'ingegneria e l'architettura riguardano gli aspetti che seguono.

Affidamenti fiduciari

Nel mirino della Commissione europea sono cadute le norme della legge quadro sull'affidamento degli incarichi di progettazione (art. 17, comma 12) e di validazione dei progetti (art. 30, comma 6-bis) che prevedono la scelta in via fiduciaria per incarichi di validazione non soggetti alla disciplina del d.lgs. 157/95 (quindi sotto i 236.000 euro per la validazione), o per quelli di progettazione al di sotto dei 100.000 euro.

A tale riguardo la Commissione europea aveva individuato profili di contrasto con il diritto comunitario e con la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libera prestazione di servizi e di non discriminazione (artt. 43 e 49), applicabile anche sotto soglia, che prescrive anche la soppressione di qualsiasi restrizione tale da vietare o da ostacolare gli scambi di servizi tra gli Stati membri. In particolare la Commissione aveva ritenuto contrastanti con questi principi le norme che prevedono il ricorso all'affidamento diretto senza confronto concorrenziale e senza pubblicità.

Il disegno di legge comunitaria, in ossequio alle censure comunitarie, di fatto cancella dalla Legge Merloni la nozione di "fiduciarità della scelta" effettuata senza pubblicità e richiama i principi di parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, come principi da rispettare nella scelta del progettista e del validatore. Ciò vorrà dire, quanto meno una adeguata pubblicità degli affidamenti (preventiva e successiva, con termini per la candidatura all'affidamento) e l'adozione di procedure tali da garantire la "trasparenza" dell'affidamento (si potrebbe immaginare una sorta di ritorno alla scelta del progettista sulla base di curriculum).

Progettazione e direzione dei lavori

La Commissione europea aveva messo sotto accusa anche la disposizione della legge Merloni che prevede la priorità di affidamento della direzione dei lavori al progettista, rinvenendo nella norma italiana una violazione della direttiva 92/50/CEE. L'ipotesi formulata dalla Commissione era che, consentendo tale priorità di affidamento, si potrebbe verificare il caso in cui il progettista-direttore dei lavori potrebbe essere stato scelto non seguendo le procedure della direttiva europea (ad esempio con un affidamento fiduciario di progettazione al di sotto dei 100.000 euro), quando, sommando i due incarichi, l'affidamento congiunto fosse di importo superiore alla soglia dei 236.000 euro. Aderendo alle censure comunitarie, ma anche a quanto sul punto aveva già da tempo affermato l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, il Governo ha proposto nel disegno di legge di chiarire che, nel caso in cui il valore della progettazione e della direzione dei lavori superi la soglia comunitaria, l'affidamento diretto della direzione dei lavori al progettista è ammesso solo se espressamente previsto nel bando di gara.

Project financing

Era finito nel mirino della Commissione anche il diritto di prelazione per il promotore di iniziative in project financing, introdotto dalla ultima versione della Legge Merloni (la 166/02), in quanto meccanismo che, così come previsto dalla Legge Merloni, avrebbe finito per eludere e rendere vana la gara, nel momento in cui consente al promotore di acquisire la concessione uniformando la propria offerta alla migliore presentata in gara. La Commissione sottolineava, in particolare, l'importanza di rendere noto ai concorrenti la possibilità da parte del promotore di esercitare il c.d. diritto di prelazione.

Il Governo si premura quindi di specificare che le stazioni appaltanti devono prevedere espressamente negli avvisi e nei bandi di gara che esiste il diritto di prelazione a favore del promotore. La norma contenuta nel disegno di legge rinvia poi ad un successivo provvedimento del Ministero delle infrastrutture per la disciplina degli effetti sulle procedure in corso.

Ok del Parlamento alla direttiva sulle qualifiche professionali

L'11 febbraio il Parlamento europeo ha approvato in prima lettura la proposta di direttiva UE in materia di riconoscimento delle qualifiche professionali; adesso il testo passa al Consiglio europeo e poi tornerà di nuovo a Strasburgo per l'approvazione definitiva.

Il provvedimento accorpa le 15 direttive settoriali oggi in vigore e non si applicherà alle professioni connesse a funzioni pubbliche (ad esempio i notai in Italia).

Il principio generale è che spetterà agli "organismi competenti" valutare, nel paese ospite, il titolo di studio e la preparazione professionale del professionista "migrante" ed inquadralo all'interno di uno dei cinque livelli di qualifica previsti dal provvedimento. Per quel che invece riguarda le prestazioni di servizi professionali effettuate in via temporanea il Parlamento ha proposto una modifica al testo della Commissione europea (che prevede la temporaneità in 16 settimane l'anno): si stabilisce, cioè, che la valutazione sulla temporaneità della prestazione andrà effettuata "caso per caso".

E' inoltre prevista la possibilità, per ogni stato membro, di chiedere l'iscrizione o la segnalazione all'organismo professionale di riferimento nel paese ospite.

Il prestatore di servizi professionali sarà comunque sempre tenuto al rispetto delle norme disciplinari di carattere professionale e amministrativo.



Deroghe ai minimi tariffari legittime tra privati

La Corte di Cassazione, con la sentenza della seconda sezione civile del 21 gennaio 2004, n. 895, ha affrontato il tema della derogabilità dei minimi tariffari nell'ambito degli incarichi di progettazione di direzione dei lavori affidati da committenti privati stabilendo che è legittima la deroga ai minimi e anche la gratuità della prestazione.

La vicenda prende le mosse nel 1990 e riguarda l'affidamento di un incarico, da parte di un committente privato, ad un ingegnere e ad un architetto della progettazione e della direzione dei lavori di un centro sportivo integrato. I due professionisti contestarono che il compenso pattuito (pari, allora, a 275 milioni di lire) non potesse essere riconosciuto valido in quanto in violazione delle tariffe professionali.

Nei primi due gradi di giudizio i due professionisti non avevano visto accolte le proprie doglianze, tant'è che in entrambi i casi furono rigettati i ricorsi sul presupposto che la determinazione del compenso non poteva essere ritenuta affetta da nullità.

I giudici della Suprema Corte, confermano le sentenze precedenti, negando quindi l'ipotizzata nullità del contratto in deroga ai minimi, richiamandosi alla precedente giurisprudenza della stessa Cassazione che ha ammesso che i minimi possano ben essere superati nell'ambito dei rapporti privati, in mancanza di una espressa previsione di legge che ne sancisca la nullità dei patti in deroga ai minimi. In sostanza la violazione del minimo di tariffa non può essere sanzionata con la nullità ex art. 1418 del codice civile "in quanto trattasi di precetto non riferibile ad un interesse generale ma solo ad un interesse della categoria professionale".

Proprio su questo aspetto si sofferma la sentenza della Cassazione del 21 gennaio che afferma che "la giurisprudenza di legittimità è univocamente orientata nel senso che la qualificazione legislativa come minimi inderogabili dei compensi stabiliti dalla tariffa professionale degli ingegneri e architetti non implica l'invalidità dei patti con cui, quale che sia la ragione, gli onorari vengano determinati in misura inferiore, o si concordi lo svolgimento gratuito della prestazione". Per la Cassazione, infatti, non c'è una norma di legge che prevede la nullità espressa dei patti in deroga e, d'altra parte, la disposizione sui minimi "è dettata in vista di un interesse di categoria anziché generale e la sua inosservanza può essere sanzionata in sede disciplinare".

Per gli incarichi ottenuti da committenti privati, quindi, l'unico rischio che corre il professionista è un procedimento disciplinare.

Si ricorda, peraltro, che il principio affermato dalla Corte di Cassazione non vale nell'ambito dei rapporti con le amministrazioni pubbliche dal momento che l'art. 17, comma 14 quater della legge 109/94, nel ribadire il principio dei minimi inderogabili, prevede la sanzione della nullità per i patti contrari.

Bandi da ribandire

Progettisti favoriti se residenti

Si è letta anche questa, in un bando di gara: l'attribuzione di dieci punti in fase di valutazione delle offerte nel caso di "rapporti di collaborazione con professionisti e studi professionali residenti" in una determinata Provincia. Ebbene sì, dovendo trovare il sistema di favorire qualche professionista locale, la stazione appaltante si è. In maniera piuttosto naif, inventata una clausola di preferenza territoriale che, oltre a non trovare alcun riscontro nella normativa vigente, determinava una evidente riserva di attività a favore di alcuni professionisti e studi professionali in contrasto con i più elementari principi generali di parità di trattamento e di libero accesso al mercato dei servizi di ingegneria. La cosa paradossale è che non si trattava di un piccolo affidamento, ma di un appalto al di sopra dei 236.000 euro, soggetto alle norme del d.lgs. 157/95 (che attua la direttiva 92/50/CEE). La violazione di legge era quindi riferibile anche all'art. 23, comma 1, lettera b) del decreto e della analoga norma della direttiva europea, che prevede ben altri elementi di valutazione dell'offerta, con il rischio concreto dell'apertura di una procedura di infrazione contro l'Italia e relativa richiesta di danni in capo allo Stato italiano. Il caso di specie fu risolto positivamente (anche se la stazione appaltante non riaprì i termini per le offerte ma si limitò a ripubblicare il bando di gara) anche perché l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con la determinazione n.3/2000, aveva già ritenuto, in una fattispecie relativa ad un concorso di progettazione, del tutto illegittima la limitazione territoriale (in quel caso l'illegittimità riguardava la limitazione alla partecipazione alla gara, ma analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento alla fase di aggiudicazione).

Progettare...veloce

A volte il problema dell'urgenza e della fretta nell'acquisizione della progettazione da parte delle stazioni appaltanti risulta piuttosto avvertito. E' il caso di un Amministrazione campana che nei mesi scorsi, dovendo affidare un incarico per la progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva (comprese le attività tecniche connesse alla progettazione, quali la predisposizione della documentazione tecnica destinata al rilascio della concessione edilizia, i pareri alle Soprintendenze competenti, il deposito Genio Civile, il rilascio CPI da parte dei VV.F. ecc.), nonché per la direzione lavori e per il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed in fase di esecuzione di un immobile, ha deciso di imporre al progettista delle vere e proprie tappe forzate. Nel bando si leggeva, infatti, che i termini previsti per lo svolgimento delle progettazioni erano pari a 10 giorni per il preliminare e a 19 per il definitivo. Il bello era che la famosa "indifferibilità e urgenza" che doveva motivare tale fretta nell'acquisizione dei progetti e nella gestione della gara, effettuata con procedura accelerata, non era neanche minimamente esplicitata nel bando di gara. Risultato: la maggior parte dei concorrenti risultò impossibilitata a partecipare alla gara, vista la difficoltà di produrre nei tempi richiesti elaborati dai contenuti previsti dalla normativa vigente (legge 109 e Dpr 554/99). Sembra però che un progettista ce l'abbia fatta a predisporre gli elaborati nei tempi previsti... si dice che somigliasse a "Speedy Gonzales".