

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

## Dal primo luglio in vigore il Codice appalti pubblici, ma si annunciano modifiche

E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale di oggi 2 maggio 2006 n. 100, il Decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006, S.O. n. 107/L recante il "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture".

Dalla pubblicazione del provvedimento sono scattati i sessanta giorni previsti dall'articolo 257 del provvedimento per l'entrata in vigore delle disposizioni del Codice: dal primo luglio quindi il Codice è applicabile in buona parte delle sue norme. Entreranno infatti in vigore dopo un anno e non dal primo luglio prossimo le norme sugli obblighi di comunicazione all'Autorità che riguardano servizi e forniture, nonché l'articolo 240 relativo all'accordo bonario sempre per i servizi e le forniture.

Il Governo, con un emendamento al decreto legge 223/06, ha però sospeso fino al primo febbraio 2007 l'entrata in vigore delle norme su: appalto integrato, dialogo competitivo, procedure negoziate e centrali di committenza, annunciando su queste materie prossime modifiche dell'articolo. Il Codice si applica a tutti i "contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte".

Ci sarà poi tempo un anno per emanare il regolamento attuativo del Codice che, una volta approvato, entrerà in vigore centottanta giorni dopo la sua pubblicazione sulla gazzetta ufficiale.

E' dunque presumibile che, per un lungo lasso di tempo, continueranno ad applicarsi le norme vigenti visto che il Codice stesso prevede che "per i lavori pubblici, fino all'entrata in vigore del regolamento continuano ad applicarsi il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, il decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e le altre disposizioni regolamentari vigenti, nei limiti di compatibilità con il codice".



## Il ddl della regione Friuli Venezia Giulia recepisce le osservazioni dell'UE sugli appalti

Con la legge comunitaria regionale, il Consiglio regionale del Friuli Venezia Giulia, ha modificato la disciplina organica dei lavori pubblici recependo alcune osservazioni contenute in vari procedimenti d'infrazione dell'UE.

In particolare il provvedimento, per la parte relativa alla progettazione, ha eliminato la possibilità di affidare gli incarichi di progettazione sotto la soglia comunitaria senza alcuna forma di messa in concorrenza. E' stata inoltre resa più esplicita la possibilità per i prestatori di servizi appartenenti alla UE di fornire la prova d'iscrizione ai registri nazionali analoghi a quelli delle nostre Camere di commercio. Infine l'ultima modifica riguarda le stazioni appaltanti a cui non è consentita la facoltà di negoziare le condizioni del contratto da stipulare con il soggetto privato

## Sospesa la procedura UE contro le tariffe di ingegneri e architetti

Da fonti giornalistiche, sembrano momentaneamente sospese le procedure di infrazione, da parte dell'Unione Europea, nei confronti dell'Italia in merito agli onorari degli architetti e degli ingegneri.

L'UE aveva, già dal luglio 2005, sollecitato l'Italia ad adeguare le tariffe professionali alle regole europee (vedi notizia del 18/07/05). Ma, le argomentazioni fornite ultimamente dal governo italiano sugli onorari di architetti e ingegneri che presentano minimi inderogabili per alcune fattispecie di atti non sempre facilmente individuabili, sembrano avere arrestato l'azione della Commissione che potrebbe essere disposta ad un incontro chiarificatore.

L'Italia si dichiara comunque pronta a salvaguardare il proprio sistema tariffario eventualmente anche attraverso una modifica della normativa poco chiara.



## Illegittimo l'affidamento diretto ad una impresa per il tramite di una società holding

La Corte di Giustizia europea, con sentenza C-340/04 del 11 maggio 2006, ha affermato che viola la direttiva europea sugli appalti pubblici di forniture, l'affidamento diretto ad un'impresa, per il tramite di una società holding, controllata dall'ente locale. Nel caso di specie il Comune di Busto Arsizio aveva affidato direttamente, senza bando di gara, ad un'impresa controllata interamente da una Holding, posseduta dal Comune al 99,98%, un appalto per la fornitura di combustibili, manutenzione e gestione di impianti. La Corte ha affermato che l'affidamento da parte del Comune viola la direttiva appalti pubblici in quanto, il controllo esercitato dall'ente, per tramite della holding, non è un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (principio riconosciuto dalla giurisprudenza per l'affidamento diretto). Il controllo, esercitato tramite la holding, secondo la Corte, può "indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale". La Corte ha precisato che la condizione di controllo analogo cioè la condizione per cui l'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente locale ricorre solo se l'attività dell'impresa sia principalmente destinata all'ente o agli enti che la detengono e ogni altra attività risulti avere solo un carattere marginale. La società aggiudicataria, hanno affermato i giudici, "deve essere soggetta ad un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni, deve trattarsi di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società". I giudici hanno inoltre dichiarato che le condizioni stabilite dalla giurisprudenza per l'affidamento senza gara hanno il fine di evitare un'alterazione del gioco della concorrenza.

## Per la Cassazione la società Grandi Stazioni è un soggetto privato non tenuto ad applicare le leggi sugli appalti

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 10218 del 4 maggio 2006, ha riconosciuto alla società Grandi Stazioni Spa la natura di soggetto privato non tenuto ad applicare le leggi sugli appalti.

Nella fattispecie l'Acer (associazioni costruttori romani) aveva impugnato dinanzi ai giudici amministrativi un bando di gara della società grandi Stazioni, per non avere quest'ultima, nella procedura di affidamento dei lavori, applicato la legge Merloni o il D.lgs. 158/95 sui settori speciali.

Il Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione affermando che, per il caso in questione, non vi è la competenza esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 6 della legge 205/2000, perché Grandi Stazioni non è un organismo di diritto pubblico.

La questione di giurisdizione è stata posta dinanzi alla Corte di Cassazione che, confermando quanto stabilito dal Consiglio di Stato, ha affermato che la natura di soggetto privato di Grandi Stazioni deriva dalla mancanza in capo alla società del soddisfacimento di "quei bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale". Pertanto la personalità giuridica di Grandi Stazioni e il ricevimento dei finanziamenti pubblici maggioritari non sono sufficienti a qualificare la società come organismo di diritto pubblico.

La Cassazione ha infine precisato che l'attribuzione di soggetto pubblico a Grandi Stazioni avviene solo nel caso di appalto di lavori "strumentali all'esercizio della rete ferroviaria" per il quale la società è obbligata a rispettare le leggi sugli appalti.

## Il Consiglio di Stato ammette la richiesta in gara di due referenze bancarie

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2078 del 14 aprile 2006, ha riconosciuto alle stazioni appaltanti la facoltà di richiedere, in sede di offerta, la presentazione di più di una garanzia bancaria, in caso di project financing. Nella fattispecie un Comune aveva inserito nel bando di gara, per l'affidamento di una concessione di lavori pubblici ex art. 37 bis e seguenti della legge 109/94, una clausola che conteneva l'obbligo di presentazione, da parte dei concorrenti, di due referenze rilasciate da almeno due istituti di credito di rilevanza nazionale. La decisione della stazione appaltante era stata impugnata, da parte di alcune imprese partecipanti alla gara, prima dinanzi al Tar e poi davanti al Consiglio di Stato. Il Consiglio di Stato ha ritenuto legittima la clausola del bando in quanto giustificata dal "non limitato potere discrezionale delle pubbliche amministrazioni nel fissare i requisiti di partecipazione di una gara per l'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture in modo più stringente o in numero maggiore di quelli fissati dalla legge, sempre che non siano irragionevoli o in violazione di principi generali o della stessa legge". Il Consiglio di Stato ha pertanto riconosciuto ampio margine di autonomia alla stazione appaltante sulla base del fatto che "imprese, anche di limitate dimensioni, non concentrano, di regola, i loro rapporti con un solo istituto bancario, ma si avvalgono dei servizi di più di uno".

## Legittimo il ribasso del 100% sulle prestazioni accessorie nelle gare di progettazione

Il Consiglio di Stato con la sentenza del 2 maggio 2006, n. 2445 della quinta sezione, prende in esame la tematica della legittimità delle offerte di ribasso del 100% sulle prestazioni accessorie per una vicenda che riguardava una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria per la progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di lavori di ristrutturazione di importo superiore alla soglia comunitaria e quindi disciplinata dal d.lgs. 157/95. In particolare l'importo stimato del servizio era pari a 1.247.038,42 euro per l'onorario e le relative spese (determinato sulla base delle tariffe professionali), mentre era pari a 95.974,42 euro per le prestazioni accessorie, determinate forfettariamente con riferimento ai correnti prezzi di mercato. Oggetto della controversia era quindi la decisione con cui il Tar aveva ritenuto che il ribasso del 100% sulle prestazioni accessorie non fosse consentito dal disciplinare di gara e dovesse quindi condurre all'esclusione del raggruppamento aggiudicatario. I giudici di palazzo Spada partono dalla considerazione che l'offerta economica doveva indicare separatamente il ribasso applicato alle prestazioni tecniche principali nei limiti del 20% massimo previsto dall'art. 4, comma 12 bis, della legge n. 155/1989, nonché quello per le prestazioni accessorie. Da ciò i giudici desumono che solo per le prestazioni principali era stabilito un limite al ribasso nella misura del 20%, mentre alcun limite vi era per le prestazioni accessorie; ciò è sufficiente, si legge nella sentenza, per affermare che "il ribasso del 100% offerto dal raggruppamento aggiudicatario non violava, dunque, direttamente alcuna disposizione della lex specialis della gara". Ma, andando oltre, la sentenza sgombra anche il campo dalla considerazione che vi sarebbe una violazione indiretta delle regole di gara sulla base della considerazione che il ribasso finirebbe per gravare sulle prestazioni principali in tal modo ribassate in misura superiore al 20%. Innanzitutto tale violazione non sussiste perché "le prestazioni accessorie non sono soggette a vincoli tariffari, come espressamente previsto dall'art. 50, comma 3, lett. b) del DPR n. 554/1999". In secondo luogo va considerato che "nell'ambito di una offerta complessiva, quale quella in esame, non deve necessariamente esservi un espresso corrispettivo per ogni singola prestazione, tenuto anche presente che l'effetto utile ricavabile dallo svolgimento di una serie di attività, quali quelle ricomprese nelle prestazioni accessorie, può derivare da una molteplicità di fattori ed è apprezzabile anche in termini di prestigio professionale; ciò conduce ad una valutazione della congruità dell'offerta nel suo complesso". Inoltre la sentenza precisa, tra le righe che la violazione del minimo del 20% opera solo sull'onorario e non "sulle relative spese (non soggette a limiti di ribasso)", ciò consente ai giudici di affermare che "non è esatto che un ribasso del 100% sulle prestazioni accessorie finirebbe per gravare necessariamente sulle prestazioni principali oltre il limite di ribasso". I giudici a supporto delle proprie tesi, richiamano una precedente sentenza della quinta sezione (n. 5983/2005) e la determinazione n. 30 del 13 novembre 2002 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, "in cui si esaminano i possibili criteri di aggiudicazione in caso di tale ribasso del 100% nel presupposto della legittimità di una siffatta offerta". Infine vengono precisati anche alcuni ulteriori aspetti: il ribasso del 100% sulle prestazioni accessorie non integra una offerta nulla per l'esistenza di una prestazione gratuita; il giudizio di anomalia non deriva automaticamente da un ribasso del 100% per le prestazioni accessorie, ritenuto ammissibile; anche l'attività (eventuale) di consulenza giuridica, non soggetta a minimi tariffari, può costituire una prestazione accessoria rispetto a quella principale costituita da prestazioni ingegneristiche e di architetto.

