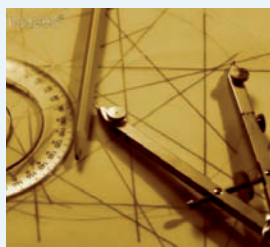


A cura di **Andrea Mascolini**  
(Dir. Uff. legale e legislativo OICE)

## Codice appalti: il Consiglio di Stato conferma l'abrogazione dei minimi inderogabili per le gare di progettazione

Nell'adunanza del 6 giugno 2007 il Consiglio di Stato ha reso il parere sul secondo schema di decreto correttivo del Codice appalti (parere n. 1750/2007 della sezione atti normativi) prendendo in esame anche l'impatto del Decreto Bersani sulle disposizioni del Codice in vigore.

In particolare i giudici sposano in pieno la tesi (sostenuta anche dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, det. 4/2007) dell'implicita abrogazione delle norme del decreto 163/2006 in materia di minimi inderogabili: dopo



l'entrata in vigore del decreto legge 4 luglio 2006 n. 248 "che abroga tutte le disposizioni che sanciscono l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime, ne consegue la tacita abrogazione della previsione che vieta il ribasso d'asta in relazione agli oneri di progettazione esecutiva, della disciplina dell'inderogabilità dei minimi tariffari (art. 92, comma 2 ultimi due periodi e art. 92, comma 4 del Codice) e della disciplina che stabilisce

il limite del 20% per il ribasso in materia di progettazione". Per queste norme il parere ritiene "opportuno prevedere una abrogazione espressa".

Nel merito delle disposizioni del secondo decreto correttivo del Codice (che adesso sarà trasmesso alle competenti commissioni parlamentari), il parere critica anche la prassi della cosiddetta "opera di revisione progressiva" della disciplina adottata nel 2006 con il Codice, che ha visto il Governo approvare un primo decreto correttivo a inizio anno (il n.6 del 2007) e presentare questo secondo schema di decreto correttivo. In particolare si afferma che la correzione e integrazione del Codice "non sembra che possa andare

oltre al semplice adeguamento dell'oggetto del primo decreto legislativo a quei profili della materia delegata trascurati in prima attuazione"; innovazioni sostanziali sembrerebbero fuori dalla delega della legge 62/2005.

Nel merito delle altre norme dello schema i giudici bocciano la sospensione della disciplina dell'appalto integrato e dell'appalto concorso fino all'emanazione del regolamento perché si tratta di "norme self executing che non rinviavano per la loro operatività al regolamento". Viene anche bocciata la norma che elimina l'obbligo di invitare tutti i soggetti che ne fanno richiesta nelle gare di lavori pubblici, che sarebbe "fonte di equivoci", nonché la soppressione delle due diverse ipotesi di procedura negoziata (art. 56 comma 1, lettere b e c), trattandosi di una modifica di "notevole incidenza sostanziale": E' invece avallata la modifica all'articolo 57 (procedura negoziata senza bando di gara, sulla ripetizione dei lavori analoghi) in quanto "fondata sul rischio di abusi cui la disposizione notoriamente si presta".

I giudici non condividono la deroga sulla analoga disciplina prevista per i beni culturali che amplia l'arco temporale entro il quale si possono affidare direttamente altri lavori all'impresa che ha stipulato il contratto; per i giudici si tratta "di una previsione in contrasto con il diritto comunitario".

Sul dialogo competitivo il parere chiede che si faccia chiarezza se la norma che prevede il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici si applichi anche alle infrastrutture strategiche e, ritenendo che tale dovrebbe essere il significato della modifica, invita il ministero delle infrastrutture a prevedere anche per le opere della Legge Obiettivo il parere dell'organo tecnico-consulativo di Porta Pia. Viene invece bocciata la norma sul project financing voluta dal Ministero Antonio di Pietro (contenuta in una proposta di legge di iniziativa del senatore Luigi Grillo) che prevede la possibilità di stabilire un prezzo di restituzione dell'opera per la quota di investimento non ammortizzata nel periodo di gestione. In questo caso, dicono i giudici, "la modifica incide indubbiamente sulla sostanza dell'istituto e appare poco coerente con i principi comunitari, inoltre "la restituzione del prezzo può mascherare una integrazione iniziale per la quale mancava la disponibilità finanziaria". Nel parere si chiede anche al governo di valutare modifiche ad alcuni altri articoli del Codice fra cui la norma che prevede il diritto di prelazione a favore del promotore "che, sul piano sostanziale è inopportuna perché rende poco appetibile la partecipazione alla gara e rischia di sottrarre di fatto alla concorrenza questo importante istituto".

## Audizione parlamentare dell'OICE sul secondo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici

Il 3 e il 4 luglio l'OICE ha partecipato, insieme ai rappresentanti del Consiglio nazionale degli architetti, del Consiglio nazionale degli ingegneri, del Consiglio nazionale dei geologi e dell'ANCPL, alle audizioni indette dalla Commissione ambiente, territorio e lavori pubblici della Camera, presieduta da Ermete Realacci, e dalla Commissione lavori pubblici e comunicazioni del Senato, presieduta da Anna Donati.

Alle commissioni sono stati forniti elementi sullo schema di secondo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici, al fine della redazione dei pareri che le commissioni devono predisporre entro il 24 luglio.

I presidenti delle Commissioni e i relatori hanno apprezzato e condiviso i contributi forniti.

L'attenzione è stata focalizzata soprattutto sulla disciplina relativa all'appalto integrato; l'OICE (presente alle audizioni con il Vice Presidente Braccio Oddi Baglioni, il direttore generale Massimo Ajello e il direttore dell'ufficio legislativo, Andrea Mascolini) ha evidenziato la necessità di mantenere questa tipologia contrattuale (nella forma "classica" in cui si

affida ponendo a base di gara un progetto definitivo) soltanto in alcune limitate e determinate circostanze (prevalenza tecnologica e impiantistica), al fine di ribadire il principio della qualità del progetto. Per quel che riguarda l'appalto integrato affidato sul progetto preliminare la richiesta OICE, comune anche agli altri rappresentanti dei progettisti, è di abrogare tale ipotesi; è stata poi sottolineata l'esigenza di prevedere il pagamento diretto del progettista (individuato o associato) da parte della stazione appaltante e, sempre con riguardo all'appalto integrato, di fare in modo che gli aspetti concernenti la qualità del progetto, nell'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, abbiano un peso di almeno il 65% sul totale dei pesi relativi a tutti gli elementi di valutazione. Per gli altri aspetti dello schema di decreto l'OICE ha sottolineato come debba essere eliminata la richiesta di cauzioni in sede di gara (come ha affermato il Consiglio di Stato) e migliorata la norma che favorisce l'aggregazione di studi e società attraverso la possibilità di fare valere i requisiti delle nuove società per un arco temporale più ampio rispetto agli attuali tre anni.

## Consiglio di Stato: nelle gare di progettazione non è obbligatorio associare il geologo o assumerlo con contratto di lavoro subordinato

Il Consiglio di Stato, sez.VI, con la sentenza del 4/6/2007 n. 2943 ha affrontato la tematica del ruolo del geologo nelle gare di progettazione. In particolare la sentenza precisa che, sebbene confortata da una determinazione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (n. 3/2003), non può essere condivisa la tesi secondo cui il rapporto tra l'impresa che concorre alla gara ed un geologo debba necessariamente essere o di lavoro subordinato o di associazione in a.t.i., configurandosi altrimenti una ipotesi di subappalto. Infatti, il rapporto tra l'impresa e il professionista iscritto all'albo, indicato, nel caso di specie, come consulente esterno contrattualmente impegnato, non può essere inquadrato di per sé nell'ambito del contratto di appalto (e perciò di subappalto), in assenza di specifici elementi, mancanti nel caso di specie, idonei a dimostrare gli elementi tipici di tale istituto (l'organizzazione dei mezzi, l'assunzione del rischio, lo scopo del compimento di un'opera o di un servizio), essendo invece configurabile un contratto d'opera intellettuale, anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa. Il contenuto dell'art. 17, comma 14 quinquies, della legge n. 109 del 1994, richiamato dall'appellante, può al limite dimostrare la possibilità di configurare in astratto il subappalto anche in relazione ad attività di carattere geologico. Peraltro, il sopravvenuto art. 118 del D.Lgs. n. 163 del 2006 ha espressamente escluso il subappalto per "l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi", con previsione che può essere intesa anche come ricognitiva di un principio già esistente. La pronuncia afferma, per

quanto riguarda i profili procedurali dell'appalto esaminato, che in presenza di una adeguata predeterminazione dei criteri di valutazione, presente nel caso in esame, l'attribuzione di punteggi numerici può consentire di comprendere l'iter logico seguito dalla Commissione, specie se il metodo utilizzato è quello del confronto a coppie. Nella sentenza si afferma anche che con riferimento agli specifici punteggi attribuiti, il metodo del confronto a coppie consiste nella valutazione comparativa tra due candidati per volta, con attribuzione ad ognuno di essi di un punteggio relativo e non assoluto. La valutazione ha un rilievo solo all'interno della coppia e non è possibile utilizzarla come puntuale termine di paragone in altri confronti, ad eccezione di casi di evidente contraddittorietà. In definitiva, non può essere applicata ad ogni valutazione riferita ad un singolo criterio la proprietà transitiva, che mal si attaglia a giudizi di valore, quale quelli effettuati dalla Commissione di gara. Infine la decisione del Consiglio di Stato chiarisce che nel settore dei pubblici appalti, il divieto, a pena di nullità, di cessione del contratto (in origine art. 18, comma II, della legge n. 55/90, come modificato dall'art. 22 della Legge n. 203/91), è stato temperato nei casi di cessione d'azienda, trasformazione, fusione e scissione societaria in seguito all'entrata in vigore dell'art. 35 della Legge n. 109/94, che prevede il subentro del nuovo soggetto nel contratto, condizionato alla valutazione dei requisiti oggettivi e soggettivi richiesti. Da tale disposizione, seppur riferibile al subentro in un contratto già stipulato, si può ricavare un principio, applicabile anche alla fase anteriore della procedura di gara, in base al quale i processi di ristrutturazione societaria non devono essere penalizzati da misure idonee ad escludere dalle gare le imprese cessionarie, senza però consentire che un'impresa, che non abbia partecipato ad una gara, possa risultare aggiudicataria, senza una valutazione dei requisiti da parte dell'amministrazione. E', quindi, possibile il subentro nella procedura della società cessionaria del ramo di azienda dell'originaria partecipante e l'utilizzo dei requisiti riferiti a tale ramo di azienda, ma tale subentro non è automatico essendo necessaria la verifica della sussistenza di tutti i requisiti.

## La società trasformata ex art. 2498 c.c. ha l'obbligo di riportare l'avvenuta trasformazione nella documentazione di gara

Con deliberazione del 30 maggio 2007 n. 171 l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha preso in esame una questione attinente la partecipazione ad una gara di una società che si era trasformata in altra società ai sensi dell'articolo 2498 del codice civile. In particolare per l'organismo di vigilanza ai sensi dell'articolo 2498 cod. civ. "con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione." A seguito della trasformazione la società acquista una rinnovata veste giuridica senza con ciò determinare la nascita di un nuovo ed autonomo soggetto: tale istituto ha natura modificativa, mantenendo in essere, senza soluzione di continuità, i diritti, gli obblighi e i rapporti processuali anteriori alla trasformazione. Ne consegue che, in caso di partecipazione ad una gara di appalto, l'impresa trasformata ha l'obbligo di riportare l'avvenuta trasformazione societaria nonché i nominativi dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando, in ossequio ai disposti dell'articolo 38, comma 1, lettera c), del d. Lgs. n. 163/2006. Né rileva l'eccezione sollevata dall'impresa istante sul silenzio del bando di gara. Il bando di gara, infatti, come concordemente rilevato dalla giurisprudenza amministrativa, non può considerarsi l'unica fonte della disciplina di gara, non potendo esso prescindere dalle altre fonti normative esterne ad esso. L'articolo 2498 cod. civ., avente natura imperativa, trova applicazione indipendentemente da un'espressa previsione nella disciplina di gara che viene ad essere integrata ex lege.

## Le Regioni non possono legiferare nelle materie riguardanti le procedure di gara

In un documento sulle linee guida dell'attività dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici illustrato il 20 giugno presso la commissione ambiente della Camera il 20 giugno 2007, l'Autorità ha preso in esame i limiti dell'intervento normativo delle regioni. L'organismo di vigilanza afferma che " tutto ciò che attiene alla fase dell'affidamento dell'appalto - contenuto dei bandi di gara, criteri di aggiudicazione, disciplina della gara, qualificazione dei concorrenti - rientra nel concetto di regolamentazione della concorrenza e di regolazione del mercato, regolamentazione che, in quanto tale, appartiene allo Stato in via esclusiva". Il motivo di tale interpretazione risiede nel fatto che "il mercato e le sue regole non devono soffrire della frantumazione conseguente alla pluralità di possibili discipline". Da queste considerazioni l'Autorità deduce che oltre che sulle materie attinenti alla concorrenza (procedura di gara, ecc.), "le regioni non possono emanare norme proprie volte a disciplinare gli aspetti contrattuali degli appalti pubblici, ma possono emanare norme dirette a disciplinare argomenti ed istituti che sono oggetto di competenza legislativa concorrente (programmazione, esercizio ed effetti dei poteri approvativi specialmente per quanto attiene all'ambito urbanistico ed espropriativo, ecc.) sempre nel rispetto dei principi fondamentali desumibili dalle norme statali.". L'Autorità si è espressa in merito allo schema di Regolamento previsto dall'art. 5 del Codice appalti, chiedendo, riguardo alla "mole dello schema e all'eccessivo numero delle disposizioni inserite", che venga perseguita l'esigenza avvertita dagli operatori del settore di una "semplificazione normativa e procedimentale". Per l'Autorità non è condivisibile che lo schema preveda l'idoneità del regolamento a recepire la normativa comunitaria.

## L'avvalimento è utilizzabile anche se non richiamato nel bando di gara

Nella sentenza del TAR Piemonte, sezione II, n. 2218 del 22 maggio 2007 si affermano alcuni principi in materia di avvalimento con riguardo ad una procedura per l'affidamento di un appalto di servizi sanitari.

La questione nasceva in relazione all'esclusione di una società che, per provare i requisiti minimi di fatturato e dei servizi svolti nell'ultimo triennio, aveva dichiarato di volersi avvalere del requisito relativo al fatturato ed ai servizi prestati nell'ultimo triennio, appartenenti ad altro soggetto, allegando una dichiarazione con cui il legale rappresentante si impegnava a mettere a disposizione della società i



requisiti necessari per la partecipazione alla gara.

L'esclusione era motivata dal fatto che i requisiti dichiarati afferivano ad un soggetto diverso dal partecipante; inoltre "tale soggetto terzo non ha dimostrato di possedere i requisiti soggettivi richiesti nel bando".

Il ricorso del concorrente viene accolto dai giudici che hanno

modo di richiamare alcuni principi in materia di avvilimento, evidentemente ignorati da alcune stazioni appaltanti.

In primo luogo la sentenza richiama la giurisprudenza comunitaria che, ben prima delle direttive 2004/17 e 18, aveva "enunciato quello che sinteticamente viene designato come principio dell'avvalimento, dichiarando che la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50 CEE sui servizi, e in particolare gli artt. 31 e 32, va interpretata nel senso che consente ad un concorrente, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto."

Ciò premesso la sentenza chiarisce che l'acquisizione del requisito del fatturato da una società terza (ausiliaria) "non significa che questa debba avere i requisiti soggettivi del bando, per la ragione, inverosimile, che essa non partecipa alla gara".

E' solo il soggetto che partecipa alla gara avvalendosi dei requisiti di un terzo che è l'unico concorrente (ed eventualmente l'unico contraente). I giudici, dopo avere citato la sentenza del Consiglio di Stato n. 5194 del 28 settembre 2005 per affermare la portata generale dell'istituto dell'avvalimento, affermano anche che "l'assenza nel bando di gara di una disposizione che ammette l'utilizzazione di requisiti finanziari di terzi è irrilevante, poiché il fondamento comunitario del principio in parola e la sua estensione generale impone l'integrazione ex lege del bando stesso".

Pertanto se nel bando non si richiamano le norme del Codice dei contratti sull'avvalimento (si tratta degli articoli 49 e 50), ciò non impedisce ai concorrenti di utilizzarlo e di partecipare facendosi "prestare" i requisiti di altri soggetti che li mettono a loro disposizione.

## Per l'Autorità la consegna dell'offerta in "autoprestazione postale" è equivalente a quella tramite servizio postale

Con la deliberazione del 30 maggio 2007 n. 175, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, accogliendo i rilievi formulati da un associato OICE, ha preso in esame la questione della legittimità della consegna dei plichi contenenti l'offerta per una gara di appalto effettuata con la modalità della cosiddetta "autoprestazione". Nel caso specifico tale modalità non era stata ritenuta legittima dall'amministrazione in quanto il bando di gara prevedeva a pena di esclusione l'utilizzo del servizio postale mediante raccomandata o posta celere.

Nel rispondere all'istanza di parere per la definizione della controversia insorta fra l'associato OICE e l'amministrazione, l'Autorità ha innanzitutto preso in esame l'articolo 8 del d. Lgs. 261/1999 recante l'attuazione della Direttiva 97/67/CE sulle regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio, il quale dispone che "è consentita senza autorizzazione la prestazione di servizi postali da parte di persona fisica o giuridica che è all'origine della corrispondenza (autoprestazione)

oppure da parte di un terzo che agisce esclusivamente in nome e nell'interesse dell'autoproduttore".

L'organismo di vigilanza specifica che tale modalità di invio consiste nella consegna diretta al ricevente previa affrancatura del plico in base alle vigenti tariffe del "corriere prioritario", annullata con "bollo a data" da un qualsiasi ufficio postale; in questo modo la norma permette di fruire delle garanzie caratteristiche della prestazione del servizio postale, analoghe a quelle rese dal fornitore del servizio universale nei particolari casi in cui l'autoproduttore intenda non avvalersi del servizio di trasporto della corrispondenza, sia pur conservando la particolare certezza della data di invio e del contenuto del plico. (Cons. di Stato, sez. V, 5.9.2005 n. 4485).

Ad avviso dell'Autorità, la particolare e specifica modalità di trasmissione del plico riconosciuta dalla norma di recepimento della Direttiva comunitaria, consente di ritenere la consegna in autoprestazione equivalente alla trasmissione a mezzo del servizio postale. Nella delibera si legge inoltre che "la procedura richiesta per il suo utilizzo, soprattutto per quanto attiene all'annullamento con "bollo a data" da parte dell'Ufficio postale, distingue tale modalità di invio dei plichi dalla consegna a mano e garantisce l'amministrazione in ordine alla integrità e provenienza del plico; diversamente interpretando si contravviene al disposto normativo di cui al citato articolo 8 del d. Lgs. n. 261/1999 e interpretazioni restrittive sulle modalità di trasmissione dei plichi determinano una violazione del principio di massima partecipazione degli operatori del mercato alle gare pubbliche".