

# Il Codice dei Servizi

**L'affidamento dei servizi tecnici funzionali connessi ai lavori pubblici è fondamentale per la loro realizzazione. Fra dubbi e perplessità il secondo decreto legislativo correttivo d.lgs n 113/2007 interviene sulla precedente norma d.lgs n. 163/2006**

**Alessandro Coletta**

Uno degli argomenti su cui il legislatore è intervenuto negli ultimi anni più volte è quello dell'affidamento dei servizi tecnici funzionali e connessi alla realizzazione dei lavori pubblici. Del resto, uno degli aspetti più importanti del processo di realizzazione dei lavori, sia privati sia pubblici, è certamente la qualità e la completezza del progetto posto a fondamento della materiale esecuzione degli stessi. Anche il secondo decreto legislativo correttivo (d.lgs. n. 113/2007) del "codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" (d.lgs. n. 163/2006) è intervenuto su tale aspetto, ma, come vedremo, in modo non sempre condivisibile ed in particolare in relazione alle norme in materia di appalto di progettazione ed esecuzione ed alla sostanziale abrogazione della vera procedura ristretta. Non solo: il decreto correttivo non interviene sulla assoluta mancanza di disposizioni in materia della verifica delle anomalie delle offerte nel campo degli appalti di servizi tecnici, materia che invece, data la abrogazione dei minimi tariffari, sarebbe stato opportuno disciplinare. Anzitutto, è necessario sgombrare il campo dai dubbi che sono stati sollevati sul tema della abrogazione delle norme che considera-

vano i corrispettivi determinati in base alle tariffe professionali come minimi inderogabili. C'è chi interpreta la disposizione del comma 4 dell'articolo 92 del codice (I corrispettivi sono determinati ai sensi del comma 3, fatto salvo quanto previsto dal comma 12-bis dell'articolo 4 del decreto legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155.) nel senso che il ribasso sui corrispettivi determinati in base alle tariffe non potrebbe essere superiore al 20 per cento: ebbene, a mio parere, tale interpretazione non è corretta. Rileggiamo la legislazione rilevante. Il comma 1 dell'articolo 2 della legge 4 agosto 2006, n. 248 di conversione in legge del decreto legge 4 luglio 2006, n. 186 dispone l'abrogazione delle disposizioni legislative e regolamentari che prevedo-

**"..il decreto correttivo non interviene sulla assoluta mancanza di disposizioni in materia della verifica delle anomalie delle offerte nel campo degli appalti di servizi tecnici"**

no, con riferimento alle attività libero professionali ed intellettuali, l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime; l'ultimo periodo del comma 2, del medesimo articolo 2 stabilisce: "Nelle procedure ad evidenza pubblica, le stazioni appaltanti possono utilizzare le tariffe, ove motivatamente ritenute adeguate, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dei compensi per attività professionali.". Il comma 12-bis dell'articolo 4 della legge 26 aprile 1989, n. 155 di conversione in legge del decreto legge 2 marzo 1989, n. 65 dispone: "Per le prestazioni rese dai professionisti allo Stato ed agli altri enti pubblici relativamente alla realizzazione di opere pubbliche o comunque di interesse pubblico, il cui onere è in tutto o in parte a carico dello Stato e degli altri enti pubblici, la riduzione dei minimi di tariffa non può superare il 20 per cento." Una lettura combinata di tali disposizioni conduce ad affermare che le stazioni appaltanti possono porre a base di gara i corrispettivi da sottoporre a ribasso, determinandoli ai sensi del decreto del Ministro della giustizia 4 aprile 2001 (Gazzetta Ufficiale n. 96 del 26 aprile 2001) e riducendoli del 20 per cento. E' ovvio, però, che di tale riduzione la stazione appaltante deve adeguatamente tenere conto in sede di verifica della congruità dell'offerta. Sempre in merito alla determinazione dei corrispettivi per i servizi tecnici da porre a base di gara un'altra questione la pone il comma 2 dell'articolo 92 che prevede che il Ministero della giustizia, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, emani un decreto che stabilisca i corrispettivi per l'espletamento delle attività tecniche. Si tratta evidentemente di un nuovo decreto sostitutivo di quello

del 4 aprile 2001 prima indicato. Si pone il problema se tale nuovo decreto sia ancora necessario, utile, opportuno. La formulazione del comma sembra fare ancora riferimento alla suddivisione delle aliquote dei livelli di progettazione (di massima ed esecutivo) della legge 2 marzo 1949, n. 143 (testo unico della tariffa ingegneri ed architetti) la cui somma è pari ad uno mentre la somma delle aliquote del decreto 4 aprile 2001 supera abbondantemente uno. In tempi in cui i minimi inderogabili non sussistono più avere preoccupazioni non è una esagerazione. Per quanto riguarda l'appalto di progettazione ed esecuzione va ricordato che il codice ha introdotto due diversi modelli: il primo (art. 53 comma 2, lettera b) riguarda contratti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice (per la verità sarebbe stato più chiaro se si fosse detto: "appalto indetto sulla base del progetto definitivo redatto dall'amministrazione aggiudicatrice avente ad oggetto la progettazione esecutiva e la conseguente esecuzione dei lavori" in quanto non è corretto dire che i lavori si eseguono sulla base del progetto definitivo ma forse è una eccessiva pretesa il chiedere più chiarezza nelle norme) ed il secondo (art. 53, comma 2, lettera c) riguarda contratti aventi ad oggetto, previa acquisizione del progetto definitivo in offerta, la progettazione esecutiva e l'esecuzione sulla base del progetto preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice (anche in questo caso la disposizione non è formulata in modo tecnicamente chiaro). A ben vedere, i due modelli sono il primo, il vecchio appalto integrato, mentre il secondo è il vecchio appalto concorso con la modifica che l'offerta non è più il progetto esecutivo ma il progetto definitivo. Il secondo decreto correttivo, riguardo al secondo modello di appalto (art. 53, comma 2, lettera c), ha stabilito che il prezzo offerto deve essere suddiviso in quello per la progettazione definitiva ed in quello per la progettazione esecuti-

---

**"...il decreto correttivo conferma quanto prevedeva la legge quadro circa il fatto che la procedura ristretta e la procedura aperta nella sostanza non sono differenti. Non è condivisibile la conferma di tale uguaglianza per i lavori"**

---

va ed ha rinviato al regolamento di esecuzione ed attuazione del codice la disciplina da applicare per la valutazione del progetto definitivo presentato in gara. Solleva alcuni dubbi la disposizione che prevede l'indicazione del prezzo del progetto definitivo. La stazione appaltante in quanto questo è un onere di partecipazione alla gara. Non si comprende il perché di tale disposizione. Nulla dice, invece, per il primo modello (art. 53 comma 2, lettera b) cosicché mentre per il secondo modello sembra obbligatorio l'impiego del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per il primo sembra possibile utilizzare anche il prezzo più basso, scelta che non è condivisibile. Anche per il primo modello dovrebbe essere obbligatorio o comunque preferibile il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ma non sono questi gli aspetti più problematici che sorgono in base alle nuove disposizioni introdotte dal secondo decreto correttivo del codice nei riguardi dell'appalto di progettazione ed esecuzione. I profili più discutibili riguardano le condizioni stabilite per consentire l'impiego dei due modelli di appalto nel caso di interventi di importo inferiore alla soglia comunitaria. Il codice come modificato dal secondo decreto correttivo prevede (art. 122, comma 1) che i due modelli, qualora l'intervento sia di importo inferiore alla soglia comunitaria, possano essere impiegati soltanto per lavori di speciale complessità oppure in caso di progetti integrali oppure per lavo-

ri di manutenzione, restauro e scavi archeologici come definiti dal regolamento. La disposizione, fatto salvo il caso dei lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici, suscita molte perplessità in quanto risultano contraddette le ragioni che avevano condotto il legislatore della legge n. 109/94 a ritenere necessario individuare quali condizioni consentissero di considerare i lavori di speciale complessità e quali fossero i contenuti dei progetti integrali. La norma era finalizzata, a consentire nei due suddetti casi l'affidamento dei relativi progetti a progettisti esterni alla pubblica amministrazione in quanto sono casi in cui si ritiene necessario ed opportuno sfruttare le capacità delle strutture professionali esterne. Tale norma è stata recepita nel codice (art. 90, comma 6). Il vigente regolamento della legge quadro fornisce le due definizioni. (art. 2, comma 1, lettere h) ed i) del DPR 554/1999). Va ricordato che poter attribuire con certezza ad un'opera o ad un lavoro il carattere di complessità è importante, sia ai fini dell'affidamento della progettazione all'esterno, sia perché soltanto per lavori di particolare complessità il codice stabilisce che il regolamento deve prevedere che il collaudo deve essere effettuato sulla base di apposite certificazioni di qualità dell'opera e dei materiali. Così è anche importante la definizione di progetto integrale che va inteso come quello elaborato in forma completa in tutte le sue parti, architettonica, strutturale ed impiantistica e cioè il progetto di un organismo edilizio che, secondo le norme UNI 19722-1 (marzo 1998), è un insieme strutturato di elementi spaziali e di elementi tecnici, interni ed esterni, pertinenti all'edificio, caratterizzati dalle loro funzioni e dalle loro relazioni reciproche. Qualche commentatore ha rilevato che questa definizione farebbe coincidere progetto integrale e progetto esecutivo ma l'osservazione non è esatta, perché non tiene conto del fatto che il progetto integrale si riferisce solo agli organismi edilizi, nei quali concorrono aspetti sia architettonici sia strutturali sia impiantistici,

che mancano in interventi stradali o fognari o ferroviari. In questi ultimi casi, dunque, si può parlare di progetto esecutivo ma non di progetto integrale esecutivo e la distinzione non è di poco conto, se si considera che è soltanto quando un intervento presenti tutti i tre aspetti sopra indicati che le stazioni appaltanti possono affidarne l'elaborazione a soggetti esterni, indipendentemente dalla carenza di organico. Purtroppo la chiara disposizione illustrata è messa in forte dubbio da un'altra norma del codice e cioè l'art. 122, comma 1, secondo il quale si può affidare all'impresa e, quindi, non a progettisti esterni alla pubblica amministrazioni, la progettazione esecutiva ma anche la definitiva qualora i lavori rientrino nei suddetti casi. Le contraddizioni sono fortissime. Prevedere la possibilità di affidare all'impresa la progettazione esecutiva di progetti integrali significa la possibilità di affidare all'impresa il progetto di un organismo edilizio cioè, per esempio, una scuola ma limitare a tale tipo di progetto tale facoltà significa che non è possibile affidare alle imprese il progetto di una fogna o di un acquedotto. Se vi è un caso, invece, in cui è necessario che il progetto sia redatto dalla stazione appaltante è proprio l'organismo edilizio. Anche l'altra indicazione, lavori di speciale complessità, pone problemi se si tiene conto della definizione contenuta nel regolamento. Con un poco di spregiudicatezza non è difficile affermare che due dei sei elementi previsti per considerare complessa un'opera sono presenti nell'opera da realizzare. Ciò è molto facile, comunque, in organismi edilizi che già di per sé, però, consentono l'impiego dell'appalto di progettazione ed esecuzione. Ci si augura che con un terzo decreto correttivo la confusione sia eliminata. Occorre tenere separati i casi in cui è possibile affidare la progettazione a strutture esterne, dai casi in cui si può procedere all'appalto di progettazione ed esecuzione. Passiamo ora a

tutta altra questione ed in particolare alla procedura ristretta: il decreto correttivo conferma quanto prevedeva la legge quadro - limitatamente ai lavori - circa il fatto che la procedura ristretta e la procedura aperta nella sostanza non sono differenti. Non è condivisibile né la conferma di tale uguaglianza per i lavori né la estensione della uguaglianza ai servizi ed alle forniture (art. 62, comma 1), operata, appunto, dal decreto correttivo. Fino al 31 luglio 2007 per l'appalto di servizi, forniture di qualsiasi importo e per lavori di importo pari o superiore a quaranta milioni di euro una norma del codice (art. 62, comma 1, nella versione antecedente al d.lgs. 113/2007) consentiva di limitare il numero dei soggetti in possesso dei requisiti ai quali chiedere di presentare una offerta. In base a tale disposizione si potevano considerare pienamente vigenti le disposizioni previste dal regolamento della legge quadro in ordine alle regole da rispettare per esercitare tale facoltà nel settore degli appalti di servizi tecnici. Dopo tale modifica bisogna considerare quelle regole non più applicabili e, pertanto, tutti i soggetti che in una gara fanno domanda e sono in possesso dei requisiti devono essere invitati a presentare l'offerta. Si devono, quindi, ritenere implicitamente abrogati gli allegati D, E ed F del regolamento della legge quadro. L'effetto di tale equiparazione comporta che anche nella procedura ristretta il numero dei concorrenti può essere molto elevato. Tale aspetto non fa sorgere alcun problema nel caso che l'aggiudicazione debba avvenire con il criterio del prezzo più basso oppure, qualora debba avvenire con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i criteri di valutazione siano tutti misurabili in modo oggettivo in quanto di natura prestazionale e quantitativa, cioè, abbiano natura tangibile. Crea, invece, molti problemi nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa, qualora i criteri di valutazione comportino

giudizi discrezionali della commissione giudicatrice. Va osservato a chiarimento di quanto affermato che i criteri di valutazione sono di due tipi: misurabili oggettivamente e, cioè, tangibili, e non misurabili oggettivamente e cioè intangibili. Per questi ultimi l'attribuzione dei punteggi non può che essere effettuata da una commissione giudicatrice o mediante l'applicazione del metodo del confronto a coppie o attraverso una assegnazione discrezionale. Quando, invece, i criteri di valutazione sono tutti misurabili oggettivamente e cioè sono tutti tangibili non vi è bisogno di valutazioni discrezionali e, quindi, si potrebbe persino fare a meno di una commissione giudicatrice, in quanto il bando deve prevedere come vanno attribuiti i punti in rapporto alle diverse misure. Da questa differenza emerge che mentre nel primo caso un grande numero di concorrenti rende complessa e problematica la procedura di gara, nel secondo caso, invece, non vi è alcuna differenza se i concorrenti sono pochi o molti.

Nel primo caso sarebbe necessario poter applicare la vera procedura ristretta comunitaria e cioè limitare il numero dei possibili offerenti mentre nel secondo caso non sussiste tale necessità. L'esperienza di questi anni dimostra che quando i concorrenti sono in numero superiore a 15 ed alcuni dei criteri di valutazione sono di natura qualitativa e, pertanto, necessitano di una valutazione da parte della commissione giudicatrice che, a sua volta, è di natura qualitativa e discrezionale, la gara diventa lunga e foriera di notevoli errori sindacabili in sede giurisprudenziale.

Questo si verifica quasi sempre nei lavori pubblici e nei servizi di natura tecnica. Per tale ragione non può condividersi la scelta del legislatore delegato di non consentire una vera procedura ristretta.

*Alessandro Coletta, ingegnere, ex consigliere dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*