

# Codice dei contratti pubblici

## Le disposizioni agevolative per partecipare alle gare di progettazione e la Circolare n.4649/09

di **Andrea Mascolini\***

**S**ul tema dei requisiti di partecipazione alle gare di affidamento di servizi di ingegneria e architettura, nel terzo correttivo del Codice dei contratti pubblici, specularmente a quanto si prevede per le imprese di costruzioni, è stata introdotta una disposizione (il comma 15-bis dell'articolo 253) che in questi ultimi mesi ha dato luogo da parte delle stazioni appaltanti ad interpretazioni non omogenee. La disposizione del terzo correttivo (d. lgs. 152/08) prevede che: "In relazione alle procedure di affidamento di cui art. 91, fino al 31 dicembre 2010 per la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria, il periodo di attività documentabile è quello relativo ai migliori tre anni del quinquennio precedente o ai migliori cinque anni del decennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara. Le presenti disposizioni si applicano anche agli operatori economici di cui all'art. 47, con le modalità ivi previste". In sede applicativa le problematiche cui si è fatto cenno possono essere nella sostanza ricondotte a due principali questioni. La prima è inerente all'ambito di applicazione oggettivo della disposizione del decreto correttivo: si doveva trattare delle norme del Codice sui requisiti di partecipazione (articoli 41 e 42) o di quelle del Dpr 554/99 (art. 66, comma 1, in particolare)?

La seconda questione riguardava a quali

requisiti di cui all'art. 66, comma 1 del Dpr 554/99 dovesse ritenersi applicabile la norma. Il Ministero delle infrastrutture, con la Circolare del 12 novembre 2009, n. 4649 firmata dal Direttore generale per la regolamentazione dei contratti pubblici, Avv. Bernadette Veca (pubblicata sulla GURI n. 274 del 24 novembre 2009) ha fornito gli auspicati chiarimenti che dovrebbero consentire alle stazioni appaltanti di applicare la norma in maniera omogenea. Nel chiarire i dubbi interpretativi la Circolare svolge anche, in via preliminare, alcune significative considerazioni di carattere generale sulla finalità della disposizione in questione. In particolare la Circolare segnala che l'articolo 253, comma 15 bis del Codice "prevede un ampliamento dell'arco temporale utilizzabile per la dimostrazione del possesso dei requisiti minimi di carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziario richiesti ai professionisti, introducendo una maggiore flessibilità per la qualificazione dei concorrenti", anche "al fine di contrastare gli effetti della crisi economica del mercato che hanno investito anche il settore dei contratti pubblici.". In ordine alla finalità agevolativa della norma va peraltro segnalato come si fosse già espressa anche la relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo al provvedimento, poi divenuto d. lgs. 152/08; nella relazione, illuminante sulla ratio della norma, si afferma che la disposizione

è "volta ad agevolare, per un periodo transitorio, la dimostrazione dei requisiti minimi di carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziari richiesti ai professionisti per la partecipazione alle gare, recependo una condizione della VIII Commissione Senato nel parere reso in data 29 luglio 2008". Ciò premesso e venendo alle due questioni in precedenza evidenziate, il Ministero sposa senza mezzi termini la tesi dell'applicabilità della norma del terzo correttivo ai requisiti regolamentari (di cui all'art. 66, comma 1 del Dpr 554/99, che prendono in considerazione tre, cinque e dieci anni) e non a quelli del Codice che, si ricorda, sono articolati su base triennale. Nella Circolare si legge infatti che "la disposizione di cui al comma 15-bis viene ad incidere sulla richiamata vigente norma di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 554/1999 (cioè sull'articolo 66 del Dpr 554, n.d.r.)" e non fa alcun cenno alle disposizioni di rango primario. Due sembrano essere le considerazioni di fondo formulate dai tecnici di Porta Pia: in primo luogo i requisiti applicabili alle gare di progettazione e agli altri servizi tecnici sono contenuti in una normativa speciale e di dettaglio che continuerà ad applicarsi fino all'emanazione e alla successiva entrata in vigore del regolamento del Codice. Tale normativa, in quanto speciale, deve ritenersi "compatibile con il Codice stesso" ai sensi del medesimo art. 253 e, quindi,

tale da continuare ad essere applicata. Tale compatibilità non soltanto si desume dal fatto che requisiti (come quelli del Dpr 554/99, art. 66) basati su un arco temporale più ampio realizzano, dandone effettività, quel principio generale di maggiore apertura alla concorrenza, fondante le stesse direttive europee, ma anche sul fatto che, diversamente opinando, anche nella vigenza della direttiva 92/50/CEE lo stesso Dpr 554/99 sarebbe stato illegittimo e non conforme alla normativa comunitaria laddove andava a fissare requisiti non su base triennale ma quinquennale e decennale. E così non è stato. La seconda considerazione, che forse non è espressa, bensì sottesa alla Circolare, è che, laddove si dovesse ritenere applicabile il comma 15-bis agli articoli 41 e 42 e non alla norma del regolamento, il riferimento ai migliori cinque anni del decennio non troverebbe nessuna norma applicabile (non prevedendo le due norme del Codice alcun richiamo ad un requisito quinquennale). Dal momento che ogni norma deve essere interpretata in senso logico, appare chiaro che una parte del comma 15-bis dell'art. 253 non risulterebbe applicabile, con ciò vanificando la ratio del legislatore che, evidentemente, aveva in mente non i requisiti del Codice, bensì quelli regolamentari del Dpr 554/99. Una volta chiarito che la disposizione in questione si riferisce all'articolo 66, comma 1 del Dpr 554/99, il Ministero entra nel dettaglio della sua applicazione rispetto ai quattro requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa previsti. Il Ministero specifica in primis che la norma "incide sui soli requisiti di cui alle lettere a) e d) del comma 1 dell'art. 66 del Dpr 554/99 per i quali la dimostrazione del possesso è richiesta rispettivamente su base quinquennale e su base triennale". In altre parole la transitoria agevolazione nella dimostrazione dei requisiti riguarda il fatturato (globale) quinquennale per servizi di cui all'articolo 50 del Dpr 554/99 (con riferimento ai migliori cinque anni del decennio precedente, consentendo, come dice la Circolare: "di individuare su base decennale il requisito quinquennale

previsto dalla normativa regolamentare") e l'organico medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni (si deve quindi fare riferimento ai tre migliori anni del quinquennio precedente, cioè, come dice la Circolare: "si consente di individuare su base quinquennale il requisito triennale previsto dalla normativa regolamentare"). Per gli altri due requisiti di cui alle lettere b) e c) del comma 1 dell'art. 66 del Dpr 554/99 (sui requisiti di capacità tecnica concernenti l'avvenuto espletamento nell'ultimo decennio di servizi relativi a lavori da progettare appartenenti a determinate classi e categoria della tariffa professionale), il Ministero afferma che la norma "incide esclusivamente rispetto all'attività espletata da prendere in considerazione ai fini della stima dell'importo, che non può essere limitata ai soli «lavori da progettare» ma si riferisce anche ad altri servizi di architettura e di ingegneria, a seconda del tipo di incarico da affidare (che, ai sensi dell'art. 91 del Codice, oltre alla progettazione, può riferirsi anche al coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, alla direzione dei lavori, al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e al collaudo)". Viceversa la norma "non incide, quanto all'arco temporale di riferimento, sulle lettere b) e c) del citato art. 66 del decreto del Presidente della Repubblica

n. 554/1999 in quanto la riduzione del periodo decennale stabilito da tali lettere determinerebbe una restrizione della possibilità di partecipare alle gare, in contrasto con la ratio ispiratrice della norma transitoria, introdotta con il precipuo intento di ampliare la concorrenza mediante la previsione di specifiche misure volte ad agevolare, per un periodo transitorio, la dimostrazione dei requisiti minimi di carattere tecnico-organizzativi ed economico-finanziari richiesti per la partecipazione alle gare.". La Circolare mostra quindi di ritenere centrale nell'interpretazione della disposizione quel principio di favor della concorrenza che anche nel settore delle costruzioni era stato tenuto presente anche al fine di contenere gli effetti deleteri della crisi del settore che ha visto, per l'ingegneria e l'architettura, una riduzione di un terzo del numero delle gare. Il legislatore del correttivo del Codice ha quindi cercato di contenere tali effetti evitando il più possibile che i progettisti (così come le imprese) dovessero risultare penalizzati anche nella fase di accesso alle gare (a loro volta già oggetto di ribassi eccessivi) a causa della difficoltà nel mantenere fatturati e requisiti.

*\* Avv. Andrea Mascolini – Direttore Ufficio legislativo OICE (Associazione delle società di ingegneria e architettura)*

