

Problematiche connesse alle procedure di affidamento degli incarichi di progettazione

Avv. Dòver Scalera

1. Nell'impianto della legge 11 febbraio 1994 n.109, meglio nota come "Legge Merloni", la progettazione assume un ruolo di assoluta centralità determinato dalla chiara percezione che la possibilità di contenere i frequenti fenomeni degenerativi relativi alla fase di esecuzione del contratto di appalto sia strettamente connessa alla compiuta definizione da parte della stazione appaltante dei lavori da realizzare.

Si era, infatti, potuto constatare come la maggior parte degli episodi di corruzione che avevano caratterizzato il mercato degli appalti pubblici negli anni ottanta, fossero dipesi dalla commistione dei ruoli di progettista ed esecutore in capo al medesimo soggetto appaltatore, con conseguente impossibilità di scindere competenze, ruoli e, soprattutto, responsabilità nel caso in cui una cattiva progettazione dell'opera avesse determinato la necessità di apportare perizie di variante, illegittime sospensioni dei lavori, maggiori oneri e ritardi nella esecuzione.

Tanta consapevolezza ha spinto ad una netta separazione tra progettazione ed esecuzione, mediante l'affidamento delle rispettive attività a due soggetti distinti: l'amministrazione da un lato e l'appaltatore dall'altro.

Di una separazione siffatta vi è prova nella definizione contenuta all'art. 2, comma 1 della legge 109/94, laddove vengono definiti come "*lavori pubblici*" "*le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere ed impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica*".

Al contrario, non vi è traccia di una tale impostazione siffatta nella Direttiva 14 giugno 1993 n. 97/37CEE (di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori), la quale definisce "*gli appalti pubblici di lavori*" come "*contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I*

o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice”.

Medesima dizione è rinvenibile anche nella recente Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (Pubblicata sulla GUCE n. 134 del 30 aprile 2004).

Nelle direttive comunitarie non vi è dunque alcun pregiudizio nei confronti di un affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione; al contrario viene rimessa agli Stati membri la scelta tra il procedere ad appalti di sola esecuzione ovvero all'affidamento congiunto di esecuzione e progettazione, in relazione ad esigenze connesse alla tipologia e all'importo degli interventi da realizzare¹.

Nell'ordinamento italiano, la suddetta opzione è stata originariamente esercitata a totale vantaggio dell'appalto di sola esecuzione, per cui l'impianto della prima Legge Merloni risente fortemente di tale impostazione.

La Legge 109/94 prevede, infatti, che in via ordinaria le stazioni appaltanti provvedano direttamente a svolgere le attività di progettazione ed i servizi ad essa connessi avvalendosi, a tal fine, dei propri uffici tecnici o, in alternativa, degli organismi di altre pubbliche amministrazioni, consentendo la esternalizzazione dei suddetti servizi solo in casi tassativi previamente accertati e verificati dal responsabile del procedimento (art. 17 della Legge)².

La sussistenza dei presupposti previsti dall'art.17 della Legge consente la esternalizzazione degli incarichi di progettazione previo esperimento di procedure di

¹ *“in vista della diversità che presentano gli appalti pubblici di lavori, è opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici possano prevedere sia l'aggiudicazione separata che l'aggiudicazione congiunta di appalti per l'esecuzione e la progettazione dei lavori. La presente direttiva non è intesa a prescrivere un'aggiudicazione separata o congiunta. La decisione relativa a un'aggiudicazione separata o congiunta dell'appalto deve fondarsi su criteri qualitativi ed economici che possono essere definiti dalle legislazioni nazionali.”*

² Più precisamente il responsabile del procedimento può affidare all'esterno la progettazione solo *“in caso di carenza in organico di personale tecnico delle stazioni appaltanti, ovvero di difficoltà di rispettare i tempi della programmazione dei lavori o di svolgere le funzioni di istituto ovvero in caso di lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale o in caso di lavori di necessità di predisporre progetti integrali così come definiti dal regolamento che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze, casi che devono essere accertati e certificati dal responsabile del procedimento, possono essere affidati a soggetti di cui al comma 1 lettere d), e), f) e g).”* (cfr. art.17, comma 4, legge 109/94).

evidenza pubblica; in particolare, *“per l’affidamento di incarichi di progettazione di importo pari o superiore alla soglia di applicazione delle disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici di servizi, si applicano le disposizioni di cui al decreto legislativo 157/1995 e successive modificazioni, ovvero per i soggetti tenuti all’applicazione del decreto legislativo 158/95 e successive modificazioni le disposizioni ivi previste”*(art.17, comma 10 legge 109/94).

A tal proposito, va rammentato che le modifiche introdotte nella legge 109/1994 e s. m. dalla legge 166/2002 comportano una suddivisione degli affidamenti delle prestazioni di cui all’articolo 17, comma 1, della legge 109/94 (progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva nonché alla direzione dei lavori ed agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile unico del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale) in tre nuove fasce di importi. La prima fascia riguarda gli affidamenti i cui corrispettivi sono inferiore a 100.000 euro; la seconda fascia gli affidamenti i cui corrispettivi sono pari o superiori a 100.000 euro ed inferiori alla soglia di applicazione della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici di servizi; la terza fascia gli affidamenti pari o superiori alla suddetta soglia. Va osservato che la attuale soglia comunitaria è pari all’equivalente in euro di 200.000 DSP (diritti speciale di prelievo) e cioè 249.681 euro pari a 483.449.829 di vecchie lire (Decreto Ministero Economia e Finanza, G.U. 3 gennaio 2002, n. 2)³.

Con specifico riferimento agli appalti relativi alla terza fascia, essi sono affidati, a soggetti in possesso degli specifici requisiti economico-finanziari e tecnici-organizzativi definiti dall’articolo 66 del d.P.R. 554/1999, con le procedure del pubblico incanto e della licitazione privata di cui agli articoli 65, 67, 68, 69 e 70 del medesimo d.P.R. 554/1999 e con le disposizioni previste dal d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157.

2. Rispetto alle due alternative della progettazione all’interno e dell’affidamento all’esterno, molte stazioni appaltanti hanno adottato una soluzione intermedia dando

³ Entrambe le norme richiamate – rispettivamente il d.lvo 157/95 di attuazione della direttiva 92/50/CE in materia di appalti di servizi e il d.lvo.158/95 di attuazione delle direttive 90/531/CE e 93/38/CE relative alle procedure di appalto nei settori esclusi –impongono, salvo le eccezioni che vedremo, il rispetto di procedure di evidenza pubblica per gli affidamenti di importo superiore al controvalore di 200.000,00 Diritti speciali di prelievo (Dsp) convertiti in euro.

vita alla costituzione di società aventi come scopo sociale lo svolgimento di attività di progettazione e ad esse connesse.

Se iniziative siffatte trovano il plauso di una parte dei commentatori i quali hanno in esse intravisto una soluzione in linea con il principio di “progettazione all’interno” ribadito dalla Legge Quadro⁴, dall’altro suscitano le critiche delle associazioni di categoria degli architetti e degli ingegneri i quali risentono di una forte riduzione della domanda pubblica⁵.

In questo panorama, ha avuto un effetto dirompente la recente Sentenza della Corte di Giustizia dell’11 gennaio 2005⁶ la quale ha delimitato in senso innovativo la portata operativa dell'*in house providing*: partendo dalla considerazione che *"la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi"*, la Corte di giustizia europea sottolinea che *"nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50 con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate"*.

Pertanto, ferma restando la centralità della nozione di controllo, il legislatore comunitario intravede nella partecipazione del privato al capitale delle Spa pubbliche un **elemento sintomatico della assenza del controllo analogo.**

Ebbene se l’indubbio vantaggio della recente sentenza della Corte di Giustizia è quello di fornire un parametro oggettivo per delimitare i confini dell’*in house*, dall’altro non

⁴ Commento dell’IGI – Istituto Grandi infrastrutture del 2 luglio 2003 sul caso di Anas Engineering spa.

⁵ Commento dell’OICE del 20.06.2003 in merito alla costituzione di Anas Engineering spa.

⁶ Sentenza pronunciata su rinvio pregiudiziale di un tribunale tedesco (la Corte di Appello di Naumburg) e iscritta al ruolo della Corte con il numero C-26/03.

bisogna per ciò solo ritenere che ogni qual volta ci si trovi dinanzi ad un soggetto il cui capitale sia al 100% pubblico, tale circostanza sia di per sé sufficiente a garantire quella situazione di dipendenza organica che normalmente si realizza nell'organizzazione burocratica di una pubblica amministrazione.

In questa direzione, assumerà valenza decisiva la definizione della questione pregiudiziale rimessa alla Corte di Giustizia dalla Sezione Quinta del Consiglio di Stato (ordinanza n. 2316 del 22 aprile 2004) al fine di chiarire il dubbio formalmente posto per una norma della Regione Trentino Alto Adige, se gli affidamenti c.d. *"in house providing"* siano compatibili con gli articoli 12, 45, 46, 49 e 86 del Trattato CE⁷. Si tratta - per il giudice amministrativo - di chiarire se il possesso dell'intero capitale del soggetto affidatario (nella specie una società per azioni) possa garantire quella situazione di dipendenza organica che normalmente si realizza nell'organizzazione burocratica di una pubblica amministrazione.

La attesa sentenza della Corte di Giustizia potrebbe addirittura sancire la incompatibilità a priori della natura societaria con il requisito della delegazione interorganica necessario ai fini della configurabilità del rapporto in house.

Al momento ed in attesa che una decisione siffatta sgomberi completamente il campo da ulteriori equivoci ci si chiede quale sia la sorte delle società miste previste dall'art.113 del TU sugli Enti Locali, il quale consente che l'erogazione del servizio pubblico avvenga secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio "a) (omissis) b) a società a

⁷ Estratto dall'ordinanza: *"P.Q.M. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, sospende il giudizio e rimette gli atti alla Corte di giustizia della Comunità Europea, ai sensi dell'art. 234 del Trattato istitutivo, ai fini della pronuncia pregiudiziale sul seguente quesito: se è compatibile col diritto comunitario, in particolare con la libertà della prestazione di servizi, il divieto di discriminazione e l'obbligo di parità di trattamento, trasparenza e libera concorrenza, di cui agli artt. 12, 45, 46, 49 e 86 del Trattato, l'affidamento diretto, ossia in deroga ai sistemi di scelta del contraente di cui alla Direttiva 92/50 CEE, della gestione di parcheggi pubblici a pagamento, ad una società per azioni, a capitale interamente pubblico, ai sensi dell'art. 44, comma 6, lett. b) della legge della Regione Trentino-Alto Adige 4.1.1993, n. 1, modificato dall'art. 10 della legge regionale del 23.1.1998, n. 10"*.

capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c)omissis”.

Se infatti la formulazione della sentenza della Corte di Giustizia dell'11 gennaio 2005 non sembra lasciare aperti spazi interpretativi, tuttavia non dovrebbe ritenersi preclusa in assoluto la possibilità di affidamento diretto a favore del socio privato della società mista, quando la costituzione della società rappresenta semplicemente una modalità di esecuzione dell'appalto. In altri termini, qualora la scelta del socio privato avvenisse mediante la pubblicazione di un bando i cui criteri di partecipazione siano funzionali alla scelta di un privato in possesso dei requisiti necessari allo svolgimento della prestazione appaltata, e nel quale durata della società coincida con il tempo di esecuzione dell'appalto non dovrebbero esserci obiezioni a che il socio privato selezionato sia affidatario diretto del servizio.

3 Tuttavia, rispetto alle prospettate problematiche e, salvo diverse soluzioni da parte del giudice amministrativo di appello – a risolvere il problema delle società miste di progettazione e direzione dei lavori è intervenuta una recentissima sentenza del TAR Emilia Romagna n.288 del 25.05.2005 che, senza entrare nelle problematiche dell’*”in house providing”*, ha dichiarato *“la illegittimità della scelta di costituire una società mista a prevalente capitale pubblico locale per lo svolgimento di compiti che incontrano un ostacolo insormontabile al loro esercizio nell’impiego di un modulo organizzativo non ammesso dall’ordinamento.”*

Più precisamente il TAR, rinviando ad una precedente pronuncia del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, Sez.IV, 23 gennaio 2002 n.391) ha rilevato che *“ la progettazione esterna di opere pubbliche e la direzione dei lavori disciplinate dalla legge 109/94 possono essere affidate alle sole tipologie di soggetti elencate in modo tassativo dall’art. 17 della legge 109 medesima; che tra le dette tipologie di soggetti non*

rientrano le società miste di cui al testo unico sulle delle leggi sull'ordinamento degli enti locali; d'altra parte – prosegue il TAR – “l'attività di progettazione esula dal novero dei servizi pubblici e non è quindi suscettibile di esercizio a mezzo delle indicate figure societarie...”.

Nell'ottica del giudice amministrativo, dunque, il problema dovrebbe intendersi risolto in radice con la generale preclusione di utilizzare un modello (la società mista appunto) non contemplato dalla normativa sugli appalti di lavori pubblici.

4. Se il ricorso all'*in house* può rappresentare una modalità attraverso la quale la stazione appaltante ottempera allo svolgimento delle attività di progettazione nel rispetto del principio di separazione tra progettazione ed esecuzione, diverso è il caso del ricorso a tipologie di appalto caratterizzate dall'affidamento congiunto di attività di progettazione ed esecuzione.

E' il caso dell'appalto integrato, tipologia di affidamento in cui il contenuto della prestazione dell'appaltatore consiste nella progettazione esecutiva e nella esecuzione dei lavori, sulla base di un progetto preliminare messo a disposizione dalla stazione appaltante: insieme con la concessione, l'appalto integrato costituisce l'unica ipotesi derogatoria al principio di separazione tra progettazione ed esecuzione.

Nella rigida impostazione della versione originaria della 109/94, l'appalto integrato veniva completamente ignorato; per effetto degli interventi legislativi successivi ha questa particolare procedura di affidamento ha ottenuto un riconoscimento sempre più ampio, sino ad arrivare alla attuale formulazione dell'art.19, comma 2 lettera b), che ha esteso a quattro le ipotesi in cui è consentito ricorrere all'appalto integrato:

- 1) lavori di importo inferiore a 200.000 euro;
- 2) lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 60 per cento del valore dell'opera;
- 3) lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici;
- 4) lavori di importo pari o superiore a 10 milioni di euro.

A prescindere dall'esame delle singole ipotesi, ciò che è rilevante ai nostri fini attiene ai requisiti di qualificazione richiesti ai concorrenti alla gara di appalto integrato.

A tal proposito l'art.17, comma 1 ter, della legge 109/94 prevede che il bando indichi *“l'ammontare delle spese di progettazione esecutiva comprese nell'importo a base di appalto ed i requisiti richiesti al progettista, in conformità a quanto richiesto dalla normativa in materia di gare di progettazione”*.

Con riguardo all'ammontare delle spese di progettazione, il medesimo articolo specifica che esse *“non sono soggette a ribasso d'asta”*.

La *ratio* della previsione è chiaramente diretta ad evitare che la qualità della progettazione possa essere pregiudicata da risparmi economici ottenuti con ribassi sul prezzo a base d'asta.

In verità la finalità della norma rischia di essere completamente disattesa se non accompagnata da una previsione che - similmente a quanto accade in materia di subappalto - prevede il pagamento del corrispettivo della progettista direttamente dalla stazione appaltante; infatti, nei casi in cui in cui la progettazione viene affidata ad una struttura tecnica distinta rispetto all'appaltatore, nulla assicura che al di là di quella che è la formulazione dell'offerta economica, nei rapporti interni tra progettista ed esecutore non vi siano accordi economici tali da precludere l'obiettivo del legislatore.

Tuttavia nella direzione auspicata di assicurare che la economicità dell'offerta non comprometta la qualità della progettazione, milita la più recente giurisprudenza in tema di verifica della congruità delle offerte prevista per gli appalti di progettazione.

Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez.VI, n.2389 dell'11.05.2005 con la quale, il giudice amministrativo di seconda istanza, entrando nel merito della modalità di verifica della congruità delle offerte disciplinata all'art.64 del DPr 554/99 ha diradato alcune delle perplessità esistenti su tale istituto.

Innanzitutto, ai fini che in questa sede interessano, la citata sentenza ha chiarito che:

- congruità ed anomalia esprimono tendenzialmente, in positivo ed in negativo, la stessa valutazione relativa al rapporto tra le prestazioni offerte e gli oneri per le stesse indicati;
- devono essere ritenute inattendibili per violazione dei minimi tariffari le offerte che, sottostimando i costi di esecuzione di alcune prestazioni accessorie,

finiscono per abbattere inammissibilmente, al di sotto dei minimi tariffari, la pretesa economica per la parte professionale.

Tali principi rappresentano preziose indicazioni la cui utilità diverrà apprezzabile a pieno nel momento in cui, diradate le nebbie circa la applicabilità del DM 4 aprile 2001, sarà finalmente possibile avere certezza circa le prestazioni professionali soggette a tariffa e, dunque, ribassabili in misura non superiore al 20% - e prestazioni accessorie non soggette a tariffa.

Fino ad allora, tuttavia, il solco tracciato dalla citata giurisprudenza manterrà alta l'attenzione sui maxisconti praticati dai professionisti anche sulla parte comprimibile della tariffa, fungendo da calmiera in un mercato molto agguerrito.

5. Quanto ai requisiti richiesti ai concorrenti all'appalto integrato, l'art.19, comma1, legge 109/94 prevede che i requisiti siano quelli previsti dal bando in conformità alle norme del Dpr 554/99 ed, in particolare, agli art.66 e seguenti del Dpr 554/99 per gli affidamenti di importo superiore ai 200.000 euro.

Ai fini della partecipazione alla gara il concorrente può, dunque, alternativamente dimostrare i requisiti richiesti dal bando di gara oppure, in alternativa, avvalersi dei requisiti progettuali di un progettista associato; ci si è chiesti, allora, se a tal fine sia sufficiente il possesso dell'attestazione SOA per esecuzione e progettazione ovvero sia necessario dimostrare i requisiti di progettazione stabiliti dal bando di gara.

Sul tema va rammentato che il Dpr 34/2000 prevede che le imprese possano acquisire l'attestato SOA per sola esecuzione ovvero congiuntamente per esecuzione e progettazione dimostrando di essere dotate di uno staff tecnico di consistenza variabile in relazione alla classifica di iscrizione (cfr. art. 18 comma 7 Dpr 34/2000).

In altri termini, la qualificazione per progettazione ed esecuzione viene ottenuta facendo esclusivo riferimento alle classifiche di iscrizione, ossia al dato meramente quantitativo dell'importo dei lavori, a prescindere dalle categorie di specializzazione connesse alla tipologia di lavori da appaltare.

Ciò implica che, nella logica del Dpr 34/2000 ai fini della partecipazione a procedure di appalto integrato è sufficiente il possesso di adeguata qualificazione SOA per

progettazione ed esecuzione senza fornire alcuna dimostrazione di aver maturato esperienza di progettazione con riferimento alla particolare tipologia di opere oggetto dell'appalto.

Tale configurazione della normativa sulla qualificazione degli esecutori di opere pubbliche evidenzia una netta incongruenza con il dettato normativo dell'art.19 comma 1 ter della Legge 109/94, come riscritto dalla Legge 166/2002, il quale, richiamando ai requisiti di qualificazione stabiliti dal Dpr 157/95, sembrerebbe imporre ai concorrenti delle procedure di appalto integrato la dimostrazione dei medesimi requisiti rapportati alla tipologia di opere da progettare, normalmente richiesti per la partecipazione agli appalti di sola progettazione.

Solo in questo modo verrebbe ricondotta ad equità la sostanziale sperequazione tra progettista esterno, cui viene richiesto di possedere requisiti progettuali tarati sulle specifiche categorie del progetto e struttura tecnica di progettazione interna all'impresa di costruzione per la quale sarebbe sufficiente, stante il Dpr 34/2000, la presenza di un determinato staff tecnico unicamente collegato alle dimensioni dei lavori da appaltare.

Partendo da questa considerazione, l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici con le determinazioni n.27 del 10 ottobre 2003 e n.31 del 18 dicembre 2002 ha sostenuto la necessità che la struttura di progettazione interna all'impresa di costruzione dimostri il possesso dei requisiti indicati nel bando di gara, alla stregua di quanto richiesto al progettista esterno associato o indicato in sede di offerta.

Tuttavia, il condivisibile orientamento dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori pubblici è stato smentito dal giudice amministrativo il quale in più occasioni⁸ ha sostenuto che i requisiti progettuali richiesti nel bando di gara ai sensi dell'art.19 comma 1 ter della Legge 109/94, non devono essere dimostrati dall'impresa in possesso della qualificazione per progettazione ed esecuzione, poiché una diversa interpretazione determinerebbe lo sconfessamento delle norme in tema di qualificazione contenute nell'art.8 della Legge 109/94 ad opera dell'art. 19 della stessa legge 109/94.

⁸ Cfr. TAR Lazio, sezione III, sentenza 8 luglio 2003 n.6078.

In verità, considerato che l'art.8 della Legge 109/94 non contiene alcun riferimento ai requisiti di qualificazione richiesti per l'appalto integrato che sono contenuti esclusivamente nel Dpr 34/2000, è evidente che la presunta incompatibilità non esiste tra i due articoli (8 e 19) della Legge Merloni, ma piuttosto tra la Legge 109/94, come modificata per effetto della Legge 166/2002 e regolamento di qualificazione.

Il sospetto che è che, invece, la posizione del giudice amministrativo sia frutto, piuttosto dalla preoccupazione di celare un insanabile difetto di coordinamento normativo la cui soluzione potrebbe comportare un duro colpo al regime delle SOA le quali, dopo aver visto fortemente ridimensionate le proprie entrate per effetto del prolungamento da tre a cinque anni della vigenza del certificato di qualificazione, risentirebbero di un ulteriore perdita di volume di affari legata alla perdita di richieste di qualificazione per progettazione ed esecuzione, quand'anche dovesse imporsi la tesi suggerita dall'Autorità di Vigilanza.