

Le procedure di affidamento degli incarichi di progettazione nel nuovo codice degli appalti

di Emanuela Rosanò (*)

SOMMARIO: 1.- Sul dato normativo. 1.1.- Sull'ambito di applicazione del nuovo codice degli appalti. 1.2.- In particolare, sulla nozione di organismo di diritto pubblico. 2.- Sulla progettazione. In particolare sulla procedura di affidamento degli incarichi di progettazione. 2.1.- Contratti di rilevanza comunitaria (parte I, titolo I, artt. 28 ss.). 2.2.- Contratti sotto soglia comunitaria (parte II, titolo II, artt. 121-125). 2.3.- Incarichi di progettazione di importo inferiore a 100.000 euro (art. 91, comma 2). 2.4.- Regole comuni agli affidamenti sopra e sotto soglia. 3.- Conclusioni.

1. Sul dato normativo

È opportuno il riferimento al codice degli appalti pubblici e privati (D.Lgs. 163/06), entrato in vigore il 1 luglio 2006. La disciplina dei procedimenti per la progettazione, verifica e validazione, nonché per i criteri di selezione del progettista, è collocata negli artt. 90-112 (Capo IV, Titolo I, Parte II). Allo, stato, tuttavia, come si dirà nel prosieguo, numerose disposizioni che interessano la progettazione risiedono ancora nel d.P.R. 554/99 fino alla pubblicazione del nuovo regolamento prevista entro un anno dal 1 luglio 2006.

1.1. Sull'ambito di applicazione del nuovo codice degli appalti

Ai sensi dell'art. 1, comma 1, D.Lgs. 163/06 “*Il presente codice disciplina i contratti delle stazioni appaltanti, degli enti aggiudicatori e dei soggetti aggiudicatori, aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori e opere*”. L'art. 3, comma 25, definisce «amministrazioni aggiudicatrici» “*le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti*”.

La nozione di “organismo di diritto pubblico” è desumibile dal diritto comunitario (cfr. art. 2 direttiva 2004/17 trasfuso nell'art. 3, comma 26 del codice) ed identifica “*qualsiasi organismo, anche in forma societaria:*

- *istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;*
- *dotato di personalità giuridica;*
- *la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui*

(*) Avvocato del Foro di Firenze.

gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico".

L'art. 32 del D.Lgs. 163/06 individua i contratti per i quali trova applicazione la disciplina dettata nel titolo I della parte II (concernente in particolare i contratti nei settori ordinari), nonché nelle parti I, IV e V.

La disposizione deve essere letta in combinato disposto con l'art. 3, che contiene le definizioni concernenti i soggetti richiamati dal medesimo articolo 32.

La previsione stabilisce, innanzitutto, un limite di tipo quantitativo: le norme di cui alla parte II, titolo I, nonché quelle della parti I, IV e V, si applicano ai contratti il cui importo sia pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'art. 28 e fa riferimento, per quanto qui più rileva:

a) ai contratti di lavori, servizi e forniture affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici;

b) agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, nei limiti stabiliti dall'art. 142;

c) ai contratti di lavori, servizi e forniture affidati dalle società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico e che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza. Fra queste vengono espressamente richiamate le società che gestiscono i servizi pubblici locali previste dagli artt. 113, 113-bis, 115 e 116 del T.U. 267/00.

Il terzo comma concerne esclusivamente le società miste locali che gestiscono i servizi pubblici sulla base di affidamento diretto o in regime di privativa, le quali non sono tenute ad applicare le norme previste dal codice per l'affidamento dei contratti che attengono alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite, a condizione che:

1) la scelta del socio privato sia avvenuta nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica;

2) il socio privato abbia i requisiti di qualificazione previsti dal codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;

3) la società provveda in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

1.2. In particolare, sulla nozione di organismo di diritto pubblico

Tra i soggetti sopra richiamati l'organismo di diritto pubblico è quello che ha dato maggiori problemi di concreta identificazione.

Come detto, tali soggetti, si qualificano per la presenza necessaria e cumulativa di tre parametri: a) il possesso della personalità giuridica, pubblica o privata; b) il fine istituzionale, rivolto alla soddisfazione di bisogni di interesse generale, diversi da quelli industriali e commerciali; c) il rapporto

di stretta dipendenza dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Quanto al primo requisito, costituiscono bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, quei bisogni che, da un lato, sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato e, dall'altro, al cui soddisfacimento lo Stato preferisce provvedere direttamente, o con riguardo ai quali, preferisce mantenere un'influenza dominante (1).

Maggiori problemi pone l'individuazione del terzo requisito, e cioè, il perseguimento di finalità di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

La giurisprudenza, a tal proposito, non ha assunto univoci criteri; da ultimo ha affermato che *“devono intendersi per “bisogni di interesse generale”, ai fini individuativi dell'organismo in parola, quelli riferibili ad una collettività di soggetti, di ampiezza e contenuto tali da giustificare appunto la creazione di apposito organismo, sottoposto all'influenza dominante dell'autorità pubblica, deputato alla loro soddisfazione. E che non abbiano, peraltro, carattere commerciale e industriale, nel senso che non devono essere suscettibili, (detti bisogni) di soddisfacimento mediante attività, di produzione o scambio di beni o servizi, connotata da imprenditorialità o scopo di lucro”*(2).

Il dato che assume rilevanza è, in buona sostanza, la finalizzazione dell'attività dell'ente a soddisfare esigenze generali della collettività di natura non commerciale o industriale.

La qualifica di organismo di diritto pubblico impone all'ente detentore di rispettare la normativa comunitaria in materia di evidenza pubblica, in sede di affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture, mediante il ricorso a procedure concorrenziali di scelta del contraente.

1.2.1) Il requisito dello svolgimento di attività per la realizzazione di lavori o opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza è previsto dal legislatore anche con riferimento a società, non qualificabili come organismi di diritto pubblico e, tuttavia, soggette al rispetto delle procedure dell'evidenza

(1) La giurisprudenza, comunitaria e nazionale, interpreta estensivamente il requisito attribuendo la qualifica di organismo di diritto pubblico anche alle *“società di diritto privato che soddisfano i prefati requisiti, poiché è indifferente la forma di costituzione degli organismi de quibus”*(Corte di Giustizia CE 15 maggio 2003, CS, 2003, II, 1073).

(2) Cfr. Cass. Sez. Un., 4 maggio 2006 n. 10218, in www.giustamm.it, fattispecie resa in relazione a gara di appalto bandita da S.p.A.G.S. che, in forza di contratto con la Ferrovie dello Stato S.p.A., svolge attività di riqualificazione, gestione e valorizzazione di spazi interni all'edificio della stazione. Secondo la Cassazione la società non è qualificabile *“organismo di diritto pubblico”* non essendo la sua attività finalizzata alla realizzazione di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale.

pubblica (v. art. 32, comma 1. lett. c del D.Lgs. 163/06 che annovera tra i soggetti aggiudicatori (diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici) “ *le società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico e che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza*”).

La necessità di prevedere espressamente tale categoria tra quelle per le quali si impone l'applicazione della disciplina pubblicistica è da rinvenirsi nella circostanza che non sempre queste società costituiscono organismi di diritto pubblico. In particolare, il legislatore ha voluto evitare che società pubbliche che agiscono in una posizione privilegiata, in quanto i beni o servizi prodotti ovvero le opere realizzate non sono collocati sul mercato in regime di concorrenza, possano sfuggire ai vincoli dell'evidenza pubblica (3).

2. Sulla progettazione. In particolare sulla procedura di affidamento degli incarichi di progettazione (4).

Occorre premettere che, ai sensi dell'art. 253, comma 1 *bis*, D.Lgs.163/06 (comma aggiunto dall'art. 1 *octies* D.L. 12 maggio 2006 n. 173, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione e successivamente modificato dall'art. 1 D.Lgs. 26 gennaio 2007 n. 7), per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, nei settori ordinari e speciali, le disposizioni di cui agli artt. 33, commi 1 e 2 nonché comma 3 secondo periodo limitatamente alle centrali di committenza, all'art. 58 (dialogo competitivo) e 59, limitatamente ai settori ordinari (accordi quadro), si applicano alle procedure per bandi o avvisi pubblicati dopo il 1 agosto 2007.

Le norme in materia di progettazione e concorsi di progettazione sono contenute all'interno della parte II, titolo I, capo IV, artt. 90-120.

L'art. 90 del Codice De Lise ribadisce con alcune modifiche meramente formali i commi da 1 a 9 dell'art. 17 della legge Merloni.

Il ricorso a professionisti esterni all'amministrazione aggiudicatrice (liberi professionisti singoli o associati, società di ingegneria, relativi raggruppamenti temporanei e consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria iscritti negli appositi albi professionali e nominativamente indicati) per l'affidamento delle attività di progettazione (preliminare, definitiva ed esecutiva) e di quale tecnico-amministrative attinenti alla progettazione è consentito solamente qualora il responsabile del procedimento abbia preventivamente accertato e verificato a) carenza in organico di perso-

(3) AA.VV. a cura di M. Sanino, *Commento al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2006, 173.

(4) Sul punto, M. SANINO, *op. cit.*, Milano, 2006 pagg. 377-392; DE GIOIA, *La progettazione, i concorsi di progettazione e i principi relativi all'esecuzione del contratto*, in *Urbanistica e Appalti*, 9/06, pagg. 997-1002.

nale tecnico, *b*) difficoltà di rispettare i tempi della programmazione dei lavori o di svolgere le funzioni di istituto, *c*) speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale dei lavori, *d*) necessità di predisporre progetti integrali che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze (art. 90, comma 6). La norma non indica, tuttavia, le modalità attraverso le quali il responsabile del procedimento accerta e certifica la presenza delle situazioni che consentono l'affidamento degli incarichi a professionisti esterni all'amministrazione aggiudicatrice.

Anche l'art. 91 in tema di affidamento di incarichi di progettazione ribadisce, con qualche modifica sia letterale che di coordinamento, l'art. 17 della legge 109/94 (c.d. Merloni) distinguendo tra affidamenti sopra e sotto soglia dei 100.000 euro.

Il comma 1 dispone – per l'affidamento di incarichi di progettazione per importi pari o superiori a 100.000 euro – l'applicabilità delle disposizioni di cui alla parte II, titolo I (contatti di rilevanza comunitaria) e II (contratti sotto soglia comunitaria), mentre per i soggetti operanti nei settori speciali, le disposizioni previste nella parte III del codice (art. 206 ss.). Il comma 2 dispone, invece, che per gli incarichi di importo inferiori a 100.000 euro è sempre consentito l'affidamento diretto (o c.d. fiduciario) ai soggetti esterni alla P.A. prima indicati nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

L'art. 91 necessita di combinata lettura con le disposizioni di cui agli articoli 28 (importi delle soglie dei contratti pubblici di rilevanza comunitaria) e 121 (disciplina comune applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di importo inferiore alla soglia comunitaria).

L'art. 28 – esclusi dal meccanismo delle soglie gli appalti di forniture del ministero della difesa – vincola – all'applicazione delle regole generali contenute nel codice – gli appalti pubblici il cui valore stimato (al netto della imposta) sul valore aggiunto sia pari o superiore, a seconda della tipologia dell'appalto e del soggetto appaltante, a tre distinte soglie:

a) 137.000 euro, per gli appalti pubblici di forniture e di servizi diversi da quelli di cui alla lettera *b.2*), aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato IV;

b) 211.000 euro:

b.1) per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da stazioni appaltanti diverse da quelle indicate nell'allegato IV;

b.2) per gli appalti pubblici di servizi, aggiudicati da una qualsivoglia stazione appaltante, aventi per oggetto servizi della categoria 8 dell'allegato II A, servizi di telecomunicazioni della categoria 5 dell'allegato II A, le cui voci nel CPV corrispondono ai numeri di riferimento C.P.C. 7524, 7525 e 7526, servizi elencati nell'allegato II B;

c) 5.278.000 euro per gli appalti di lavori pubblici e per le concessioni di lavori pubblici.

L'art. 121 dispone che “*Ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si applicano oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV, e della parte*

V. anche le disposizioni della parte II, in quanto non derogate dalle norme del presente titolo”.

In sintesi:

ai contratti di importo pari o superiore alle soglie di cui all’art. 28 del codice, si applicano le norme della parte I, titolo I;

ai contratti di importo compreso tra 100,000 euro e le soglie di cui all’art. 28 del codice si applicano le norme di cui alla parte II, titolo II del codice;

ai contratti di importo inferiore a 100.000 euro si applica la procedura negoziata prevista dall’art. 57, comma 6 del codice.

2.1. Contratti di rilevanza comunitaria (parte I, titolo I, artt. 28 ss.)

Ai sensi dell’art. 54 del codice, per la scelta degli operatori economici che possono presentare offerte per l’affidamento di un contratto pubblico, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte, ristrette, negoziate ovvero il dialogo competitivo.

• Procedure aperte e ristrette (art. 55)

Le procedure aperte sono definite dal legislatore “*procedure in cui ogni operatore economico interessato può presentare un’offerta*” (art. 3, comma 37, codice De Lise).

Le procedure ristrette “*procedure alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un’offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, con le modalità stabilite dal presente codice*” (art. 3, comma 38)

La legge prescrive che il provvedimento con cui la stazione appaltante decide di addivenire ad un contratto con una procedura aperta o ristretta deve essere motivato in ordine alla scelta effettuata.

Il legislatore formula un’opzione nei confronti delle procedure ristrette “*quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa*”.

Il bando di gara indica il tipo di procedura e l’oggetto del contratto e può prevedere che la stazione appaltante non procederà ad aggiudicazione in presenza di una sola offerta valida, ovvero che le offerte non saranno valutate se dovessero essere soltanto due. Anche in mancanza della previsione, vale comunque il principio generale secondo il quale le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all’aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all’oggetto del contratto (art. 81, comma 3). La norma prevede inoltre che nelle procedure aperte gli operatori economici presentino le offerte secondo le modalità indicate nel bando. Nelle procedure ristrette, per contro, gli operatori presentano la richiesta di invito nel rispetto delle modalità e dei termini previsti dal bando e, successivamente, le offerte nel rispetto dei termini e delle modalità fissate nella lettera di invito.

Per l’esame delle norme procedurali per l’aggiudicazione della gara si rinvia agli articoli 70-89 del codice.

• *Procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara (art. 56)*

Le procedure negoziate sono “*le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell’appalto. Il cottimo fiduciario costituisce procedura negoziata*” (art. 3, comma, 40).

Tale procedura è circoscritta ai casi tassativamente indicati dal legislatore:

a) precedente gara non conclusa, in quanto tutte le offerte presentate sono risultate irregolari o inammissibili con riferimento ai requisiti degli offerenti e delle offerte. Tale disposizione si applica ai lavori di importo inferiore a un milione di euro. Non possono essere modificate in termini sostanziali le condizioni iniziali del contratto;

b) impossibilità di fissazione preliminare e globale dei prezzi in casi eccezionali di lavori aventi particolare natura o che presentino imprevisti non imputabili alla stazione appaltante;

c) nel caso di servizi finanziari e di prestazioni di natura intellettuale, quali la progettazione di opere, se la natura della prestazione da fornire renda impossibile stabilire le specifiche del contratto con la precisione sufficiente per potere aggiudicare l’appalto selezionando l’offerta migliore secondo le norme della procedura aperta o ristretta;

d) nel caso di lavori realizzati unicamente allo scopo di ricerca, sperimentazione e messa a punto.

La negoziazione deve articolarsi attraverso vari passaggi:

a) in primo luogo deve essere garantita a tutti gli offerenti la parità di trattamento, evitando tra l’altro di fornire informazioni discriminatorie che possono avvantaggiare determinati concorrenti rispetto ad altri (art. 56, comma 3);

b) l’ente appaltatore può decidere, indicandolo nel bando, che vi siano più fasi successive per ridurre il numero dei soggetti con cui negoziare. La riduzione deve avvenire applicando i criteri di aggiudicazione indicati nel bando (art. 56, comma 4);

c) la fase di negoziazione si conclude attraverso l’individuazione dell’offerta migliore, che deve avvenire utilizzando il criterio del prezzo più basso o quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa (art. 56, comma 2).

• *Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara (art. 57)*

Nei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, la procedura è consentita:

a) qualora in esito all’esperimento di una procedura aperta o ristretta non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata (5), o nessuna candidatura.

(5) L’espressione “offerta non appropriata” deve intendersi in una accezione lata, comprensiva sia della offerta irregolare, cioè quella viziata nella forma, sia quella inammissibile, cioè quella in cui vi sia carenza dei requisiti sostanziali per la partecipazione alla gara –

Anche in questo caso sussistono i due limiti sopra menzionati: lavori di importo inferiore a un milione di euro e divieto di modificare in termini sostanziali le condizioni iniziali del contratto;

b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;

c) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti (il caso di scuola è rappresentato dal ricorso alla procedura negoziata giustificata dall'urgenza in relazione alla paventata perdita di finanziamenti pubblici qualora si superino determinati tempi per l'affidamento dei lavori).

Nei contratti pubblici relativi a servizi, la procedura negoziata senza pubblicazione del bando è, inoltre, consentita qualora il contratto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso; in quest'ultimo caso tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati.

La procedura negoziata è, infine, ammessa anche per lavori di importo complessivo inferiore a 100.000,00 euro (c.s. sotto soglia – art. 122, comma 7). Secondo la dottrina (6) pur non essendo esplicitamente chiarito, si deve ritenere che nel caso indicato si possa liberamente ricorrere alla procedura negoziata senza bando, ferma restando, ovviamente, la facoltà della stazione appaltante di utilizzare la diversa forma di procedura con preventiva pubblicità.

La scelta dei soggetti deve avvenire sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione possedute dai concorrenti, desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione. Alla procedura devono essere invitati a partecipare almeno tre soggetti, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Vi sono poi ulteriori due principi cui deve uniformarsi lo svolgimento della procedura: il primo riguarda l'evasione degli inviti a presentare l'offerta, che deve essere effettuata in contemporanea a tutti i soggetti con cui si negozia; il secondo concerne i criteri di aggiudicazione utilizzabili per l'affidamento dei lavori, che restano quelli tradizionale del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

(cfr. la giurisprudenza formatasi in sede di interpretazione dei decreti legislativi 157 e 158/95- Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2006 n. 3245, Id. sez. VI, 3 novembre 1998 n. 1513 in www.deapprofessionale.it).

(6) M. SANINO, *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Milano 2006, p. 238.

• *Dialogo competitivo (art. 58)*

La norma si applica alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati *successivamente al 1 agosto 2007* (art. 253, comma 1-bis, lett. c).

Presupposto per l'applicabilità dell'istituto è la particolare complessità dell'appalto (sia di lavori che di forniture che di servizi) in relazione al quale la stazione appaltante

– non è “oggettivamente in grado di definire (...) i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue esigenze o i suoi obiettivi;

– non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto. Possono, secondo le circostanze concrete, essere considerati particolarmente complessi gli appalti per i quali la stazione appaltante non dispone, a causa di fattori oggettivi ad essa non imputabili, di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni o all'individuazione dei mezzi strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, alle caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e all'analisi dello stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, nonché sulle componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche”.

L'unico criterio per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per quanto concerne il procedimento è sufficiente segnalare quanto segue:

a) vi è una prima fase iniziale di prequalifica, preceduta dalla pubblicazione del bando, mediante la quale l'Amministrazione seleziona i candidati con i quali avvierà il dialogo;

b) successivamente la stazione appaltante acquisisce le soluzioni tecnico-progettuali che le imprese concorrenti le propongono per far fronte alle necessità rappresentate nel bando o nel documento descrittivo a quest'ultimo allegato;

c) le stazioni appaltanti possono motivatamente ritenere che nessuna delle soluzioni proposte soddisfi le proprie necessità. In tale caso ai partecipanti non spetterà alcun indennizzo o risarcimento, salvo che l'Amministrazione abbia previsto nel bando premi o incentivi per i partecipanti;

d) la stazione appaltante invita i partecipanti a presentare l'offerta rivolta alle imprese qualificate;

e) il contraente viene individuato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2.2. *Contratti sotto soglia comunitaria (parte II, titolo II, artt. 121-125)*

Il riferimento, per quanto qui più rileva, è agli appalti di servizi sotto soglia.

Ai sensi dell'art. 124 del D.Lgs. 163/06 “*Ai contratti di servizi e forniture sotto soglia non si applicano le norme del presente codice che prevedono obblighi di pubblicità e di comunicazione in ambito sopranazionale*”. È

inoltre prevista la facoltatività dell'avviso di preinformazione di cui all'art. 63. Il rinvio alle disposizioni della parte II consente, anche nei contratti sotto soglia, l'applicazione di tutti gli strumenti di scelta del contraente ivi previsti. Il legislatore affida al regolamento, da pubblicare entro il 1 luglio 2007, l'individuazione dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria degli operatori economici.

L'art. 125 detta, infine, la disciplina di principio con riferimento agli appalti di lavori, servizi e forniture, in materia di procedure in economia, demandando ad un futuro regolamento la normativa attuativa (comma 14). Nelle more, tuttavia, si possono considerare vigenti i regolamenti già emanati, in quanto compatibili. Ai sensi dell'art. 253, comma 22, lett. b) D.Lgs. 163/06, fino all'entrata in vigore del regolamento, le forniture e i servizi in economia sono disciplinati dal d.P.R. n. 384/01, nei limiti di compatibilità con le disposizioni del codice. Restano altresì in vigore, fino al loro aggiornamento, i provvedimenti emessi dalle singole amministrazioni aggiudicatrici in esecuzione dell'articolo 2 del d.P.R. 384/01.

2.3. Incarichi di progettazione di importo inferiore a 100.000 euro (art. 91, comma 2)

Come già detto in precedenza, per questo tipo di incarichi, è sempre consentito il ricorso all'affidamento diretto. La scelta dovrà essere motivata dal responsabile del procedimento e dovrà essere effettuata nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza. Si tratta della procedura negoziata –non preceduta da pubblicazione del bando– di cui all'art. 56 già esaminato alla quale dovranno essere invitati a partecipare almeno cinque soggetti (ma anche meno qualora non vi siano soggetti idonei a sufficienza), scelti a rotazione, e individuati sulla base di informazioni di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo desunte dal mercato.

2.4. Regole comuni agli affidamenti sopra e sotto soglia

Sia per gli affidamenti sopra che per quelli sotto soglia dei 100.000,00 euro, ai sensi del terzo comma dell'art. 91 del codice De Lise, è fatto divieto di subappaltare, salvo che non si tratti di attività altamente specialistica, quali indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni, picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con la sola esclusione della redazione delle relazioni geologiche e dei grafici degli elaborati progettuali che dovranno essere espletate personalmente dai soggetti incaricati. Per le attività subappaltate risponderà sempre il progettista. Si ribadisce, poi, al quarto comma, la preferenza accordata all'affidamento congiunto dell'attività di progettazione esecutiva e definitiva al medesimo soggetto, salvo particolari ipotesi accertate e motivate dal responsabile del procedimento e nelle quali sarà necessaria la previa accettazione da parte del nuovo progettista dell'attività progettuale svolta nella precedente fase di progettazione. Ai sensi del sesto comma l'affidamento diretto della D.L. al progettista sarà consentito solo se il valore delle attività di progetta-

zione e direzione dei lavori complessivamente considerato non superi la soglia comunitaria e, nel caso in cui tale valore sia superiore, solamente qualora ciò sia consentito dal bando di gara per la progettazione. Infine, il comma 8, ispirandosi al principio di legalità, stabilisce che non possono essere affidati incarichi di progettazione, direzione dei lavori, collaudo e ogni altra attività di supporto all'attività del responsabile del procedimento mediante procedure diverse da quella previste dal codice.

I livelli di progettazione per gli appalti e per le concessioni di lavori sono disciplinati dall'art. 93 del codice che, mutuando la disciplina offerta dall'art. 16 della legge 109/94, continua ad individuare tre livelli di progettazione: preliminare, definitiva ed esecutiva.

Per quanto concerne, invece, la materia degli appalti di servizi e forniture l'art. 94 rinvia la determinazione dei livelli e dei requisiti dei progetti e i requisiti di partecipazione e qualificazione dei progettisti, all'emanando regolamento al quale spetterà stabilire i limiti entro cui estendere le disposizioni dettate dall'art. 93 per gli appalti e le concessioni dei lavori anche agli appalti di servizi e forniture.

Particolare attenzione merita l'esame dell'art. 92 del codice

Con specifico riferimento alle opere ammesse a finanziamento l'art. 92, comma 1, D.Lgs. 163/06 (che ricalca l'art. 17, comma 12-bis legge 109/94) dispone che *“Le amministrazioni aggiudicatrici appaltanti non possono subordinare la corresponsione dei compensi relativi allo svolgimento della progettazione e delle attività tecnico-amministrative ad essa connesse all'ottenimento del finanziamento dell'opera progettata. Nella convenzione stipulata fra stazione appaltante e progettista incaricato sono previste le condizioni e le modalità per il pagamento dei corrispettivi con riferimento a quanto previsto dagli articoli 9 e 10 della legge 2 marzo 1949, n. 143, e successive modificazioni. Ai fini dell'individuazione dell'importo stimato il conteggio deve ricomprendere tutti i servizi, ivi compresa la direzione dei lavori qualora si intenda affidarla allo stesso progettista esterno”*.

La norma in commento afferma inequivocabilmente il divieto per le stazioni appaltanti di subordinare la corresponsione dei compensi relativi allo svolgimento delle progettazioni, all'ottenimento del finanziamento dell'opera. È inoltre ribadito l'obbligo del conferimento dell'incarico di progettazione esterna a mezzo di convenzione conseguente ad un appalto di servizi da aggiudicarsi nel rispetto delle procedure sopra indicate.

L'interpretazione proposta trova conferma anche nella necessità da parte di una società pubblica di prevedere una spesa solo in presenza dei mezzi necessari per l'esecuzione.

La mancanza di risorse potrebbe costituire fonte di responsabilità patrimoniale degli amministratori, sia contrattuale, a seguito della stipula di un contratto, che extracontrattuale ove la stazione appaltante non pervenga, per tale motivo, alla aggiudicazione dei lavori e, quindi, alla sottoscrizione del contratto con l'impresa.

Non è, pertanto, consentita l'indizione di un bando, con la condizione della (successiva) acquisizione delle risorse finanziarie.

Il comma 2 dell'art. 92 del codice De Lise prevede che con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sono determinate le tabelle dei corrispettivi tenendo conto delle tariffe previste per le categorie professionali interessate. Fino all'emanazione del decreto continua ad applicarsi il decreto del Ministro della giustizia del 4 aprile 2001 (v. art. 253, comma 17, del D.Lgs. 163/06). In considerazione delle innovazioni legislative contenute nel D.L. 223/2006, come convertito dalla legge 248/2006 – cd. Decreto Bersani –, che ha abrogato i minimi inderogabili, sono da considerare implicitamente abrogati (v. in tal senso determinazione n. 4 del 29 marzo 2007 pubblicata nella *GU* 11 aprile 2007 n. 84) l'ultimo periodo del comma 2, e il comma 4 dell'art. 92 del codice (i corrispettivi determinati ai sensi del decreto del Ministero della giustizia 4 aprile 2001 sono minimi inderogabili) e l'ultimo periodo del comma 3, dell'art. 53 (le spese di progettazione esecutiva sono minimi inderogabili).

3. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni che precedono è possibile pervenire alle seguenti conclusioni:

– il ricorso alla progettazione esterna, con affidamento degli incarichi a soggetti estranei alla struttura amministrativa dell'ente, è consentito solo in presenza delle ipotesi tassativamente indicate dal legislatore nell'art. 90, comma 6, D.Lgs. 163/06 (art. 17, comma 4, legge 109/94) accertate e certificate dal responsabile unico del procedimento;

– per l'affidamento di incarichi di progettazione di importo pari o superiore a 211.000 euro si applicano le norme di cui alla parte II, titolo I del codice (precisando, tuttavia che la disposizione che prevede il dialogo competitivo si applica alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente al 1 agosto 2007);

– per incarichi di importo compreso tra 100.000 euro e 211.000 euro si applicano le norme di cui alla parte II titolo II del codice (c.s. per il dialogo competitivo);

– per incarichi di importo inferiore a 100.000 euro si applica la procedura negoziata senza pubblicazione del bando prevista dall'art. 57;

– l'individuazione dei livelli e dei requisiti dei progetti nonché dei requisiti di partecipazione e qualificazione dei progettisti è demandata all'emanando regolamento la cui pubblicazione è prevista entro il 1 luglio 2007.

In buona sostanza, fuori dal caso di incarichi di progettazione di importo inferiore a 100.000 euro, relativamente ai quali è consentito il ricorso alla trattativa senza pubblicazione del bando, tanto per gli incarichi sopra soglia quanto per quelli sotto soglia comunitaria (stante il rinvio alla parte II del codice), la scelta del contraente avviene solitamente mediante le procedure aperte e ristrette (art. 55), nei casi tassativi indicati dal legislatore mediante procedure negoziate e (a far data 1 agosto 2007) con ricorso al dialogo competitivo (artt. 56-58) sopra descritte compatibilmente, con riguardo ai contratti sotto soglia, con le disposizioni specifiche contenute negli artt. 121-125.