

## REPORT 2008

### INFRASTRUTTURE E LAVORI PUBBLICI

di ANNAMARIA DE MICHELE e FILIPPO DALLARI

#### 1) Le gare per l'affidamento di lavori pubblici

[Filippo Dallari]

Nel corso dell'anno la disciplina relativa alle procedure di scelta del contraente è stata oggetto di significativi interventi tra cui, in particolare, il terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici, Decreto legislativo 11 settembre 2008 n. 152, che ha riscritto le disposizioni sulla finanza di progetto e sulle opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione e ha introdotto rilevanti modifiche in tema di qualificazione degli operatori economici, di avvalimento, di locazione finanziaria, di offerte anomale negli appalti sotto soglia e di offerta economicamente più vantaggiosa.

Si rimane invece ancora in attesa della disciplina di attuazione del Codice, infatti, nonostante i continui annunci, l'atteso regolamento non ha ancora completato il suo *iter* di approvazione. Si registrano quindi ancora evidenti difficoltà interpretative dovute alla non piena conformità delle disposizioni del D.P.R. 554 del 1999 - diretto ad attuare la legge Merloni del 1994, ed ancora in vigore sino all'emanazione del nuovo regolamento - rispetto alle prescrizioni del D.l.g.s. n. 163 del 2006 del Codice dei contratti pubblici.

Per quanto riguarda la legislazione regionale deve sottolinearsi che allo stato molte regioni hanno provveduto ad adeguarsi alle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE adottando una propria disciplina delle procedure di scelta del contraente.

In particolare si segnalano: la l.r. Calabria 7 dicembre 2007, n. 26, Istituzione dell'autorità regionale denominata «Stazione Unica Appaltante» e disciplina della trasparenza in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture; la l.r. Campania 27 febbraio 2007, n. 3, Disciplina dei lavori pubblici, dei servizi e delle forniture in Campania; la l.r. Lombardia 22 marzo 2007, n. 6, Disposizioni in materia di opere pubbliche e di edilizia residenziale pubblica; la l.r. Puglia 1 agosto 2006, n. 23, Norme regionali per la promozione degli acquisti pubblici ecologici e per l'introduzione degli aspetti ambientali nelle procedure di acquisto di beni e servizi delle amministrazioni pubbliche; la l.r. Sardegna 7 agosto 2007, n. 5, Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in attuazione della direttiva comunitaria n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e disposizioni per la disciplina delle fasi del ciclo dell'appalto; la l.r. Toscana, 13 luglio 2007, n. 38, Norme in materia di contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro e la l.r. Veneto, 7 novembre 2003 n. 27, Disposizioni generali in materia di lavori pubblici di interesse regionale e per le costruzioni in zone classificate sismiche, da ultimo modificata dalla l.r. 20 luglio 2007 n. 17.

Per mezzo di tali leggi sono stati introdotti nei singoli ordinamenti regionali alcuni degli innovativi istituti previsti dalle nuove direttive unificate tra cui, in particolare, il dialogo competitivo, gli accordi quadro, le centrali di committenza e l'avvalimento, in conformità agli obiettivi di semplificazione, innovazione e di flessibilità perseguiti dalle istituzioni comunitarie.

La Corte costituzionale ha però fortemente circoscritto la potestà normativa regionale in tema di appalti pubblici. La concorrenza e l'ordinamento civile sono materie di competenza esclusiva statale, spetta pertanto allo Stato disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto, mentre le regioni possono intervenire esclusivamente sui profili più propriamente organizzativi (Corte cost. 17 dicembre 2008, n. 411; Corte cost., 1 agosto 2008, n. 322; Corte cost., 14 dicembre 2007, n. 431 Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401). In particolare, si segnala la sentenza del 1 agosto 2008, n. 322 in cui la Corte cost. ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 6, comma 1, 7, commi 2 e 3, 8, 22, 24, 29, 32, 43, comma 1, della legge della Regione Veneto 20 luglio 2007, n. 17, per contrasto con il disposto dell'art. 117 Cost.

Nonostante il Codice abbia effettivamente semplificato la materia e contribuito a chiarire diversi punti particolarmente controversi, il contenzioso in questa materia rimane ancora estremamente ampio e su alcune importanti questioni, quali *in primis* quella relativa alla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, rimangono ancora aspetti di grave incertezza.

In primo luogo non vi è chiarezza in merito all'individuazione del Giudice competente a pronunciarsi sulla sorte del contratto.

Se infatti la Corte di Cassazione a partire dalla nota sentenza emessa dalle Sezioni Unite del 28 dicembre 2007, n. 27169 ha affermato che spetta al G.O. pronunciarsi sull'efficacia e sull'invalidità del contratto di appalto (in senso conforme: Cass. sez. Unite, 18 luglio 2008, n. 19805; Cons. stato, Ad. Plen., 21 novembre 2008, n. 12; Cons. stato, sez. V, 24 novembre 2008, n. 5693), in altre autorevoli pronunce si è rilevato che la caducazione del contratto costituisce effetto automatico dell'annullamento dell'aggiudicazione (Cass. civ., sez. I, 15 aprile 2008, n. 9906; in senso conforme: Cons. stato, sez. V, 17 dicembre 2008, n. 6292) e si è attribuito al G.A. il potere di conoscere incidentalmente del contratto in sede di giudizio di ottemperanza, al fine di ottenere l'esecuzione in forma specifica della sentenza di annullamento della procedura (Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9; Cons. stato, sez. V, 27 gennaio 2009, n. 375) ed il risarcimento del danno per equivalente (Cons. stato, Ad. Plen., 21 novembre 2008, n. 12).

In secondo luogo, permangono ancora dei dubbi in merito agli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto. Secondo l'orientamento della Cassazione che appare prevalente il contratto diverrebbe inefficace solo a seguito di una sentenza costitutiva di accertamento della sua invalidità e/o inefficacia, mentre, secondo l'orientamento che appare prevalente presso il G.A. tra l'aggiudicazione e il contratto vi sarebbe invece un nesso di presupposizione e pertanto l'annullamento dell'aggiudicazione determinerebbe tecnicamente la "caducazione" del contratto, attraverso un meccanismo analogo a quello dell'invalidità derivata. Anche secondo

quest'ultimo orientamento però si tratterebbe di un'inefficacia successiva idonea a travolgere gli effetti del contratto nelle more prodotti.

Su tali questioni potrebbero sensibilmente incidere la nuova direttiva ricorsi e l'attuazione della delega di giugno u.s. per la riforma del giudizio amministrativo.

Per quanto riguarda le A.T.I. sono stati chiariti due profili di particolare interesse.

In primo luogo, in conformità all'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia (Corte Giust. C.E., sez VI, ordinanza 4 ottobre 2007 in C-492/06), è stata riconosciuta la legittimazione ad impugnare gli atti della procedura di gara a tutte le imprese facenti parte di una R.T.I. (CGA, sez. giurisdiz., 23 luglio 2008, n. 685).

Per le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto, la Cassazione ha invece affermato che il solo soggetto legittimato attivo per le associate è la impresa capogruppo e mandataria (Cass. civ., Sez. I, 17 ottobre 2008, n. 25368).

In secondo luogo, nonostante vi siano ancora pronunce in senso contrario, si è chiarito che deve essere garantito il principio di corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione all'A.T.I. e tra quote di partecipazione e quote di esecuzione. Pertanto le società facenti parte di una associazione temporanea di imprese devono specificare, all'atto della domanda, la quota di lavori a ciascuna spettante nell'esecuzione dell'appalto (Cons. stato, sez. V, 23 giugno 2008, n. 3099; Cons. stato, sez VI, 1 marzo 2007, n. 1001. *Contra*: T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 30 ottobre 2008, n. 19309).

In merito al bando di gara si è ribadito che esso non può in alcun caso essere disapplicato dall'Amministrazione e qualora sia viziato l'Amministrazione dovrà decidere se annullarlo d'ufficio e rinnovare la gara o proseguire nella procedura.

Si è inoltre ribadito che il bando – di regola impugnato congiuntamente all'atto applicativo – deve essere oggetto di impugnazione immediata solo qualora contenga c.d. clausole escludenti ossia prescrizioni illegittime riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione ovvero clausole incomprensibili o implicanti oneri eccessivi o sproporzionati rispetto ai contenuti della gara.

Per quanto concerne le offerte anomale, si è precisato che deve essere garantito il contraddittorio tra l'offerente e l'Amministrazione e che questa ultima può chiedere più volte dei chiarimenti all'impresa in relazione alle giustificazioni presentate (Cons. stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215).

La valutazione dell'anomalia deve tenere conto dell'offerta nel suo complesso e non dei singoli elementi. Tale valutazione rientra nell'ambito della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione che è cosa ben diversa dalla discrezionalità amministrativa.

Il Giudice Amministrativo può valutare il corretto esercizio della discrezionalità tecnica da parte della Amministrazione, verificando il rispetto delle regole tecniche anche attraverso lo strumento della CTU, ma non può sostituire la propria valutazione ad una valutazione tecnicamente corretta ma opinabile dell'Amministrazione (Cons. stato, sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2384).

Sono state compiute importanti precisazioni anche in merito all'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare si è rilevato che nel bando di gara o nella lettera di invito devono essere predeterminati i criteri ed i sottocriteri di valutazione delle offerte, in modo tale da consentire ai concorrenti di conoscerli anteriormente alla predisposizione

delle offerte stesse (Corte Giust. CE, sez. I, 24 gennaio 2008; Cons. stato, sez. V, 27 novembre 2008, n. 5849; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 8 gennaio 2009, n. 3; TAR Lazio, Roma, sez. I, 1 dicembre 2008, n. 10913).

La Commissione aggiudicatrice non può quindi stabilire nuovi criteri e sottocriteri di valutazione delle offerte, ma può solamente introdurre, prima dell'apertura delle buste, elementi di specificazione ed integrazione dei criteri generali di valutazione delle offerte già individuati dal bando di gara o nella lettera d'invito (Cons. stato, sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3638; Cons. stato, sez. V, 18 dicembre 2008, n. 6320).

La Commissione può inoltre attribuire un peso relativo ai sub-elementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente effettuando una ripartizione tra questi ultimi dei punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d'onere o del bando di gara, purché una tale decisione non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'onere o nel bando di gara, e non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della presentazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la presentazione dell'offerta stessa, e non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti (TAR Lazio, Roma, sez. I, 5 settembre 2008, n. 8098).

Le Amministrazioni nell'attribuire i punteggi ai suddetti criteri devono rispettare il principio di proporzionalità e dare rilevanza sia all'elemento prezzo che all'elemento tecnico. Risulta pertanto illegittimo un bando che assegni netta prevalenza all'elemento economico rispetto alle componenti qualitative dell'offerta (TAR Veneto, sez. I, 29 ottobre 2008, n. 3377).

In caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la nomina della commissione deve avvenire dopo la scadenza dei termini per la presentazione delle offerte (Cons. stato, sez. IV, 23 settembre 2008, n. 4613) e i commissari, per i principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità, devono possedere una specifica competenza tecnica ed essere scelti a rotazione all'interno delle categorie dei professionisti con almeno 10 anni di attività e dei professori universitari (Cons. stato, sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829).

La valutazione in forma numerica delle offerte deve essere accompagnata dalla precisa determinazione dei sottocriteri di valutazione, in caso contrario costituisce una motivazione incompleta e deve essere integrata da idonea giustificazione (Cons. stato, sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481; Cons. stato, sez. V, ordinanza 28 marzo 2008, n. 1328).

Oggetto di notevole interesse da parte della giurisprudenza è stato il controverso istituto dell'avvalimento sul quale permangono evidenti incertezze interpretative.

Il Consiglio di Stato ha rilevato che tale istituto costituisce un principio di matrice comunitaria e nazionale di generale applicazione; per questo, i concorrenti possono farvi ricorso anche qualora il bando non preveda espressamente detta facoltà (Cons. stato, sez. V, 21 aprile 2009, n. 2401; Cons. stato, sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3499).

Il concorrente può avvalersi della attestazione S.O.A. di un terzo e può fare ricorso a tale istituto anche per sopperire alla mancanza di requisiti soggettivi quali ad es. il possesso di un certo fatturato minimo (Cons. stato, sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589).

Le stazioni appaltanti non possono introdurre limiti all'utilizzo di tale istituto in quanto le direttive comunitarie subordinano la facoltà del concorrente di servirsi dei requisiti di terzi alla sola prova dell'effettiva disponibilità degli stessi e a prescindere dai vincoli giuridici tra loro esistenti. Per tale ragione deve ritenersi ammissibile anche il cd. doppio avvilimento (Cons. stato, sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742; Cons. stato, sez. IV, 22 luglio 2008, n. 3886).

Per dimostrare l'effettiva disponibilità dei requisiti da parte del terzo del quale intende avvalersi, il concorrente deve depositare una dichiarazione del terzo con cui questi si impegna a prestare i propri requisiti nei confronti della stazione appaltante – anche qualora avvalente e avvalso siano legati da un rapporto di gruppo – e il cd. contratto di avvilimento (Cons. stato, sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742).

Per contratto di avvalimento deve intendersi un vincolo giuridico, preesistente alla presentazione dell'offerta, in virtù del quale il terzo è tenuto a fornire i propri requisiti al concorrente (Cons. stato, sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742).

Il contratto di avvalimento è un contratto atipico assimilabile al mandato, per mezzo del quale l'impresa ausiliaria pone a disposizione dell'impresa partecipante alla gara la propria azienda. Il contratto così concluso dalle parti può essere configurato quindi quale contratto unilaterale con obbligazioni assunte da una sola delle parti, senza che sia necessaria la previsione di un corrispettivo per il terzo (TAR Veneto, sez. I, 6 novembre 2008, n. 3451).

Per quanto riguarda il risarcimento del danno in caso di annullamento della procedura la giurisprudenza più recente pare seguire un indirizzo particolarmente restrittivo. Sono stati introdotti significativi correttivi al criterio presuntivo per cui il lucro cessante spettante all'impresa che avrebbe dovuto aggiudicarsi il contratto sarebbe determinabile nel 10% del prezzo offerto.

Si è infatti affermato che è il concorrente a dover provare - ed in modo rigoroso - il danno effettivamente subito, dovendosi applicare in pieno il principio dell'onere della prova, non il metodo acquisitivo (Cons. stato, sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143).

Si è precisato pertanto che a fronte di una domanda di risarcimento dei danni a seguito dell'annullamento in s.g. dell'aggiudicazione di una gara di appalto, l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto alla impresa ricorrente che aveva diritto a tale aggiudicazione è pari al 10% dell'importo a b.a., ridotto del ribasso offerto (facendo riferimento all'art. 345 della L. n. 2248/1865, all. F ora riprodotto dall'art. 122 del regolamento emanato con d.p.r. n. 554/99) solo nel caso in cui l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri lavori o servizi.

Nel caso in cui, invece, tale dimostrazione non sia stata offerta, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori, servizi o forniture, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità; in tale ipotesi, quindi, il risarcimento può essere ridotto in via equitativa (Cons. stato, sez. V, 8 gennaio 2009, n. 23; Cons. stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144). Il ricorrente avrà inoltre diritto al cd. danno curriculare, ma non al rimborso delle spese relative alla partecipazione alla gara.

Rilevanti chiarimenti sono stati forniti anche in merito alla verbalizzazione delle operazioni di gara, questione che non desta particolare interesse da un punto di vista scientifico ma che risulta di notevole rilevanza pratica.

Si è infatti affermato che il verbale di una gara per l'affidamento di un pubblico appalto non deve necessariamente contenere la descrizione minuta di ogni singola modalità di svolgimento dell'azione amministrativa, ma deve riportarne soltanto gli aspetti salienti e significativi, in modo da consentire la verifica della correttezza delle operazioni eseguite dall'organo collegiale.

Può essere anche redatto un solo verbale per più sedute segrete della commissione, ma in tal caso devono essere in esso rappresentate le operazioni compiute in ogni seduta. Il verbale può anche essere redatto successivamente, ma comunque entro un termine ragionevole (Cons. stato, sez. V, 29 aprile 2009, n. 2748; Cons. stato, sez. VI, 14 aprile 2008, n. 1575).

Nel caso in cui la procedura si svolga in più sedute è inoltre necessario indicare nel verbale di gara le cautele assunte dai commissari a tutela dell'integrità delle offerte (Cons. stato, sez. V, 28 marzo 2008, n. 1296).

Ulteriori precisazioni di carattere applicativo riguardano il D.u.r.c.

Il Consiglio di Stato ha infatti affermato che la verifica della regolarità contributiva delle imprese non è più di competenza delle stazioni appaltanti, ma è demandata agli enti previdenziali. Pertanto le prime non devono far altro che prendere atto della certificazione effettuata dagli enti senza poter in alcun modo sindacarne le risultanze (Cons. stato, sez. V, 23 gennaio 2008, n. 147; cons. stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458).

Il deposito del D.u.r.c. deve ritenersi obbligatorio anche qualora non espressamente imposto dal bando di gara (Cons. stato, Sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458).

Tale documento è unico anche quando l'impresa è iscritta all'Inps di più comuni. Un'impresa non può essere esclusa dalla gara qualora il D.u.r.c. sia stato depositato in ritardo per causa ad essa non imputabile (Cons. stato, sez. V, 21 aprile 2009, n. 2401).

## **2) La finanza di progetto dopo il D.Lgs. n. 152 del 11 settembre 2008**

[Annamaria De Michele]

### *a) Introduzione.*

Una delle novità più significative introdotte dal D.Lgs. n. 152/2008 (cd. "terzo correttivo" al Codice dei contratti pubblici) è la riscrittura delle procedure per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati.

In alternativa alla procedura classica di cui all'art. 144 e seguenti (affidamento delle concessioni di lavori pubblici), sono state introdotte due nuove procedure nelle quali la selezione dell'affidatario della concessione ha luogo rispettivamente attraverso una gara unica (senza alcun diritto di prelazione) o attraverso una doppia gara (con la previsione del diritto di prelazione). E' inoltre prevista una terza procedura, alla quale i soggetti privati possono fare ricorso per superare l'inattività della pubblica

amministrazione che non pubblica i bandi di gara entro sei mesi dall'approvazione dell'elenco annuale dei lavori pubblici. E' stata infine inserita la possibilità per i soggetti in possesso dei requisiti previsti dalla legge, di presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, a mezzo di studi di fattibilità, proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale, ovvero negli strumenti di programmazione approvati dalle amministrazioni aggiudicatrici in base alla normativa vigente, che queste sono tenute a valutare, con possibilità di adottarli nell'ambito dei predetti strumenti, ove ritenuti di pubblico interesse.

Le nuove norme in materia di affidamento delle concessioni di lavori pubblici con promotore muovono da un chiaro intento di razionalizzazione e di semplificazione della disciplina previgente. Uno degli aspetti oggettivamente più problematici emerso nella prassi applicativa era identificabile nella durata complessiva del procedimento, articolato in tre potenziali gare (la prima per la selezione della migliore proposta, la seconda per la selezione delle due migliori offerte, da porre successivamente in competizione con la proposta selezionata, la terza in cui vi era una trattativa privata con la partecipazione del promotore e delle due migliori offerte). La molteplicità dei passaggi esponeva l'intero procedimento ad un'ampia possibilità di contestazioni in sede giurisdizionale da parte dei partecipanti alle diverse procedure selettive, con un conseguente allungamento dei tempi necessari per l'aggiudicazione della concessione.

La *ratio* di un procedimento così strutturato era inoltre venuta meno anche a seguito della eliminazione del diritto di prelazione da parte del D.Lgs. n. 113/2007 (cd. "secondo correttivo"). Ad essa conseguiva l'ineludibile necessità di ridisegnare la figura complessiva del promotore, poiché, senza il diritto di prelazione, veniva a mancare una delle travi portanti della sua disciplina.

Vigente la legge Merloni, il diritto di prelazione era stato fatto oggetto di una procedura di infrazione da parte della Commissione Europea (n. 2001/2182), per le modalità con le quali era stato concretamente disciplinato. La Commissione lamentava in particolare l'assenza di adeguate forme di pubblicità, ritenute invece indispensabili al fine di consentire a tutti i soggetti potenzialmente interessati di valutare se fosse più conveniente investire fin da subito sulla presentazione una proposta, assumendo la qualifica di promotore e beneficiando del diritto di prelazione, o, in alternativa, attendere di partecipare alla seconda e alla terza gara per concorrere all'aggiudicazione della concessione<sup>1</sup>, correndo però il rischio di

---

<sup>1</sup> Si richiama direttamente alle osservazioni formulate dalla Commissione europea, TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 8 febbraio 2008, n. 112, secondo cui la mancata effettuazione di un'adeguata fase di pubblicità dell'intenzione di dar esecuzione all'opera di cui trattasi tramite *proiect financing*, con correlato diritto di prelazione per il promotore (che avrebbe consentito a chiunque vi avesse interesse di proporsi quale promotore) causa l'annullamento dell'intera procedura di gara che era stata bandita da un Comune. Il Giudice ha ritenuto insufficiente il contenuto di un avviso informativo che non menzionava espressamente la previsione del diritto di prelazione in favore del promotore stesso, in quanto palesemente contrastante con i principi comunitari che tutte le amministrazioni pubbliche sono tenute a rispettare.

vedersi “soffiare” una proposta competitiva, ove il promotore decida di esercitare il suo diritto di prelazione.

Per fare fronte ai rilievi della Commissione, l'art. 37 *bis*, già modificato dall'art. 7, comma 1, della legge n. 166 del 2002, con l'aggiunta di nuovo comma 2 *bis*, era stato nuovamente modificato dall'art. 24, comma 9, della l. n. 65 del 2005, che aveva previsto l'obbligo dell'amministrazione di indicare espressamente, mediante avviso, la sussistenza in capo al promotore di un vero e proprio diritto di prelazione rispetto agli altri soggetti partecipanti alla procedura negoziata, condizionato all'obbligo di adeguare il proprio progetto all'offerta risultata migliore all'esito della stessa.

Tale norma, recepita nel Codice dei contratti pubblici, sembrava soddisfare le richieste della Commissione Europea.

La scelta drastica, compiuta dal legislatore statale del secondo correttivo, di eliminare il diritto di prelazione, anche in assenza di una esplicita sentenza condanna da parte della Corte di Giustizia, è stata accolta favorevolmente dalla Commissione europea, anche se giudicata ancora insufficiente. Pur evidenziando lo sforzo compiuto dall'Italia di eliminare un ingiusto vantaggio competitivo a favore del promotore, non di meno si evidenziava che, nel nostro ordinamento giuridico, questo continuava a godere di una posizione di privilegio rispetto agli altri competitori, ritenuta incompatibile con il principio di parità di trattamento e con le norme delle direttive comunitarie in materia di appalti. In particolare, la Commissione rilevava che l'avviso indicativo delle opere, contenute nel programma triennale, suscettibili di realizzazione mediante finanza di progetto, non era soggetto ad un'adeguata pubblicità in ambito comunitario, e che il promotore continuava a godere di un'ingiustificata posizione di vantaggio, dovendo competere solo con due offerte (infrazione n. 2007/2309 e successiva nota di costituzione in mora inviata in data 1° febbraio 2008 dalla Commissione alla rappresentanza permanente dell'Italia presso l'Unione Europea).

La nuova disciplina, nel tenere conto dei rilievi comunitari, riscrive sostanzialmente la disciplina delle procedure di gara per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici, nel tentativo di adeguare la figura del promotore ai rilievi formulati dalla Commissione.

Nello stesso tempo, si propone anche di rilanciare l'istituto della finanza di progetto, e di scongiurare il rischio della disaffezione da parte degli investitori privati conseguente all'eliminazione del diritto di prelazione. In questa logica, viene reintrodotta anche il contestato istituto, sia pure in modo non generalizzato, che viene disciplinato secondo modalità che sembrano in grado di mitigare i potenziali effetti anticoncorrenziali che sembra astrattamente in grado di generare (obbligo di pubblicare un bando nel quale risulti che la procedura non comporta l'aggiudicazione al promotore prescelto, attribuzione dello stesso del diritto di essere preferito al miglior offerente, ove il promotore prescelto intenda adeguare la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa). Bisognerà attendere per vedere se la Commissione europea avvierà una nuova procedura di infrazione nei confronti dell'Italia.

In prospettiva, perciò, si può immaginare una costante crescita del mercato delle concessioni di lavori pubblici con e senza promotore, sostenuta da fattori quali la

scarsità di risorse pubbliche e i limiti connessi all'indebitamento pubblico<sup>2</sup>, che sembrano spingere le amministrazioni verso forme di partenariato con i soggetti privati.

Al fine di fornire alle amministrazioni aggiudicatrici e alle imprese alcune prime indicazioni di carattere operativo sull'applicazione delle norme introdotte dal terzo correttivo, l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha pubblicato la determinazione n. 1 del 14 gennaio 2009, "*Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del cd. terzo correttivo*". La determinazione si sforza di fare luce su alcuni punti oscuri delle nuove procedure di gara, e precisa i contenuti dello studio di fattibilità, che costituisce il documento necessario per consentire l'inserimento dell'opera nel programma triennale e nell'elenco annuale, nonché quello da cui prendono avvio le procedure di cui all'art. 153

Di recente l'Autorità ha adottato altre due determinazioni: la n. 3 del 20 maggio 2009, "*Procedure di cui all'articolo 153 del Codice dei contratti pubblici: linee guida per i documenti di gara*", e la n. 4 del 20 maggio 2009, "*Linee guida per l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle procedure previste dall'articolo 153 del Codice dei contratti pubblici*", entrambe pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale – serie ordinaria – n. 145 del 25 giugno 2009, che forniscono ulteriori indicazioni alle stazioni appaltanti, completando quelle già contenute nella determinazione n. 1.

Un altro contributo interessante verso la corretta interpretazione ed applicazione delle nuove norme proviene dall'Unità Tecnica Finanza di Progetto presso il Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica economica che, nel gennaio 2009, ha pubblicato un *paper* dal titolo "*La nuova finanza di progetto nel Codice dei Contratti Pubblici*". Nel documento viene sottolineato che "*l'accresciuta discrezionalità regolatoria*" riconosciuta alle p.a., che consente ad esse di scegliere la procedura più idonea alla situazione concreta e alle loro esigenze. Le pubbliche amministrazioni sono chiamate a svolgere un ruolo analogo a quello di "*una piccola autorità*" che "*deve avere cura del mercato a cui si rivolge per sviluppare una sana concorrenza e allo stesso tempo deve condizionare l'offerta alle proprie richieste per centrare il pubblico interesse*". Per questa ragione l'UTFP si propone di fornire utili indicazioni che consentano alle pubbliche amministrazioni di svolgere in modo consapevole ed efficace il nuovo ruolo attribuito dalla legge.

*b) Le novità più rilevanti introdotte dal "terzo correttivo".*

Può essere utile dare sinteticamente conto delle novità più significative introdotte dal D.Lgs. n. 152 del 2008.

Preliminarmente, è opportuno segnalare che le nuove norme si applicano alle procedure i cui bandi sono stati pubblicati dopo il 17 ottobre 2008, data di entrata in vigore del decreto sopra richiamato, qualora sussistano i presupposti richiesti dall'art.153 del Codice per l'avvio di una delle procedure ivi disciplinate, ossia

---

<sup>2</sup> A tale proposito si segnala la Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri 27 marzo 2009 "Criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1 della legge 28 febbraio 2008, n. 31" (G.U. n. 84, 10 aprile 2009, Serie Generale)

l'inserimento dello studio di fattibilità nella programmazione triennale e nell'elenco annuale, o negli altri strumenti di programmazione. Le amministrazioni dovranno perciò attivarsi per soddisfare i presupposti ivi previsti, prima di avviare una delle procedure. Per gli avvisi pubblicati prima della data di entrata in vigore del correttivo, si applica la disciplina previgente, anche se non è ancora scaduto il termine per la presentazione delle proposte o queste non sono state ancora esaminate. Ove invece non siano state presentate proposte, le amministrazioni potranno utilizzare le nuove procedure, nel rispetto dei citati presupposti.

Come è stato sopra ricordato, i commi 19 e 20 dell'art. 153 consentono anche a soggetti privati in possesso di taluni requisiti (a garanzia della loro serietà ed affidabilità) di presentare proposte, corredate da uno studio di fattibilità, da inserire negli strumenti di programmazione. Le p.a. sono tenute a valutare tali proposte entro sei mesi dal loro ricevimento, e possono adottare quelle ritenute di pubblico interesse. Il comma 19 precisa che l'adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute, o alla realizzazione delle opere. Il vantaggio (lecito) che i privati proponenti acquisiscono rispetto ai loro potenziali competitori consiste nel fatto che, ove la p.a. adotti lo studio di fattibilità, questi dispongono già di una forte competenza, avendo compiuto un primo approfondimento delle problematiche connesse alla realizzazione e gestione dell'opera, che potrà risultare molto utile quando verrà avviata la procedura di gara. Senza entrare nel dettaglio, l'art. 153 prevede tre procedure.

*La prima consiste in una gara unica semplificata (comma 1-14), cd. promotore monofase.* Il bando pone a base di gara lo studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione o acquisito secondo le modalità indicate ai commi 19 e 20, per individuare il promotore, contenente aspetti tecnico progettuali, giuridico-amministrativi, compresi quelli urbanistici, ed economico finanziari. Nel bando sono previsti due contenuti obbligatori: deve essere specificato che il promotore prescelto è tenuto a modificare il progetto preliminare con le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del medesimo e, soltanto ove dichiara la sua disponibilità, la concessione sarà aggiudicata in suo favore; in caso di rifiuto, le amministrazioni hanno facoltà di chiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche da apportare al progetto preliminare redatto dal promotore, alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate.

Il bando deve essere pubblicato, oltre che sui siti informatici, anche in GURI o in GUCE, a seconda che l'importo posto a base di gara sia sopra o sotto la soglia comunitaria.

La norma non chiarisce se la p.a. sia tenuta a ricorrere ad una procedura aperta o ristretta. In linea di massima, applicando analogicamente quanto è previsto nell'art. 144, si può ritenere che la p.a. debba utilizzare la procedura ristretta se il contratto non ha ad oggetto la sola esecuzione, o se è utilizzato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Le offerte sono valutate secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche per ciò che concerne gli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario e al contenuto della bozza di convenzione (sul punto appaiono di grande utilità le indicazioni contenute nella

determinazione dell'Autorità di Vigilanza n. 4/2009). Il bando indica i criteri, secondo un ordine di importanza decrescente, in base ai quali le proposte saranno valutate.

Il disciplinare di gara, richiamato espressamente nel bando, indica, in particolare, l'ubicazione e la descrizione dell'intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire, in modo da consentire che le proposte siano presentate secondo presupposti omogenei. Ove non siano già allegati allo studio di fattibilità, al disciplinare devono essere allegati, secondo l'Autorità per i contratti pubblici, gli stralci dello strumento di pianificazione paesaggistica – territoriale e di pianificazione urbanistica, generale o attuativa dell'area, le planimetrie in scala non inferiore a 1:2000, ogni altra informazione in possesso della p.a. rilevante ai fini della redazione del progetto preliminare.

I concorrenti dovranno presentare offerte corredate da un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da un istituto bancario<sup>3</sup>, nonché le caratteristiche del servizio e della gestione.

L'amministrazione aggiudicatrice prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando, redige una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore, e pone in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore. In linea di massima si può ritenere che, se lo studio di fattibilità è stato redatto in modo accurato dalla pubblica amministrazione, si riduce il rischio di modifiche anche rilevanti in sede di approvazione del progetto preliminare. Rispetto alla precedente versione della norma, si chiarisce che le modifiche progettuali potranno comportare anche una modificazione del piano economico finanziario, che dovrà subire i necessari adeguamenti.

In tale fase è onere del promotore procedere alle modifiche progettuali (e del piano economico finanziario), necessarie ai fini dell'approvazione del progetto, nonché a tutti gli adempimenti di legge, compresa la valutazione di impatto ambientale, senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo, né l'incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano finanziario. Se il progetto non necessita di modifiche progettuali, si procede direttamente alla stipula della concessione. Qualora il promotore non accetti di modificare il progetto, l'amministrazione ha facoltà di richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche al progetto presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso.

La stipulazione del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della conclusione, con esito positivo, della procedura di approvazione del progetto preliminare e della accettazione delle modifiche progettuali da parte del promotore,

---

<sup>3</sup> Nel vigore della disciplina previgente, la giurisprudenza aveva precisato che *“La presentazione di un piano economico finanziario asseverato è imposta dalla lettera della legge in tema di finanza di progetto (art. 153 d.lgs. 163/06): l'asseverazione è imposta per garantire l'affidabilità del piano economico finanziario che a sua volta costituisce elemento essenziale per valutare prima ancora che il pubblico interesse la stessa fattibilità e sostenibilità economica della proposta. La mancata asseverazione del piano economico finanziario impedisce all'amministrazione di effettuare valutazioni attendibili. Pertanto ammettere un'asseverazione postuma del piano economico finanziario attribuisce al concorrente che ne giova un ingiustificato vantaggio competitivo in violazione della par condicio. Da ciò ne consegue la necessità di esclusione di proposte priva di tale asseverazione”* (TAR Liguria, Genova, sez. II, 17 aprile 2009, n. 772).

ovvero del diverso concorrente aggiudicatario. Nel caso in cui risulti aggiudicatario della concessione un soggetto diverso dal promotore, quest'ultimo ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese.

*La seconda procedura consiste in una doppia gara (comma 15), cd. promotore bifase, con diritto di prelazione a favore del vincitore della prima gara.*

Questa si apre con la pubblicazione di un bando ove è precisato che tale procedura non comporta l'aggiudicazione al promotore prescelto, ma l'attribuzione allo stesso del diritto di essere preferito al migliore offerente individuato con le modalità di cui indicate dalla norma, ove il promotore prescelto intenda adeguare la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa.

L'amministrazione pone a base della gara uno studio di fattibilità, contenente aspetti tecnico progettuali, giuridico - amministrativi, compresi quelli urbanistici, ed economico finanziari. Redige, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta. Dopo di che provvede alla approvazione del progetto preliminare. Successivamente bandisce la seconda procedura selettiva, ponendo a base di gara il progetto preliminare approvato e le condizioni economiche e contrattuali offerte dal promotore, che si svolge ancora una volta con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa.

Se non sono state presentate offerte valutate economicamente più vantaggiose rispetto a quella del promotore, il contratto è aggiudicato a quest'ultimo; se invece sono state presentate una o più offerte valutate economicamente più vantaggiose, quest'ultimo può, entro quarantacinque giorni dalla comunicazione dell'amministrazione aggiudicatrice, adeguare la sua proposta a quella del migliore offerente, aggiudicandosi il contratto. In questo caso l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al migliore offerente, ponendo a carico del promotore, le spese sostenute per la partecipazione alla gara; ove il promotore non adegui la propria proposta a quella del miglior offerente individuato in gara, quest'ultimo è aggiudicatario del contratto e l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al promotore, a spese dell'aggiudicatario, le spese sostenute.

La reintroduzione del diritto di prelazione in favore del promotore è accompagnata da una serie di garanzie di pubblicità, non ultima quella della pubblicazione di un bando nel quale siano indicati i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, alle caratteristiche e all'oggetto della concessione.

*La terza procedura è avviata per iniziativa dei privati (commi 16-18), cd. promotore additivo.*

In relazione a ciascun lavoro inserito nell'elenco annuale, per il quale le amministrazioni aggiudicatrici non provvedano alla pubblicazione dei bandi entro sei mesi dalla approvazione dello stesso elenco annuale, i soggetti in possesso dei requisiti di legge possono presentare, entro e non oltre quattro mesi dal decorso di detto termine, una proposta contenente un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico finanziario, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

Entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di quattro mesi, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono, anche nel caso in cui sia pervenuta una sola proposta, a

pubblicare un avviso, contenente i criteri in base ai quali si procede alla valutazione delle proposte.

Le eventuali proposte rielaborate e ripresentate alla luce dei suddetti criteri e le nuove proposte devono essere presentate entro novanta giorni dalla pubblicazione di detto avviso.

Le amministrazioni aggiudicatrici esaminano dette proposte, unitamente alle proposte già presentate e non rielaborate, entro sei mesi dalla scadenza di detto termine. Dopo di che, verificato il possesso dei requisiti in capo agli aspiranti promotori, provvedono ad individuare la proposta di pubblico interesse. Ove sussistono le condizioni di legge, ricorrono al dialogo competitivo, basato sul progetto preliminare e sulla proposta, se il progetto preliminare necessita di modifiche. Se invece il progetto preliminare non necessita di modifiche, dopo l'approvazione di esso, le amministrazioni possono bandire una concessione ai sensi dell'articolo 143 (ponendo il progetto preliminare a base di gara ed invitando alla gara il promotore), o in alternativa un procedura selettiva con diritto di prelazione a favore del promotore.

Se il soggetto che ha presentato la proposta prescelta dichiarata di pubblico interesse non partecipa alle gare di cui sopra, l'amministrazione aggiudicatrice incamera la garanzia.

Essendo le norme sopra richiamate di recente adozione, non è stato possibile, almeno per ora, rinvenire pronunce giurisprudenziali ad esse riferibili. Non di meno può essere comunque utile un sintetico esame della giurisprudenza relativa al 2008 e ai primi sei mesi del 2009 in materia di finanza di progetto. Sebbene le sentenze di seguito esaminate decidono controversie relative a procedimenti di affidamento di concessioni di lavori pubblici con promotore soggetti alla disciplina vigente fino al 17 ottobre 2008, è comunque possibile individuare almeno un paio di profili che presentano ancora una certa attualità, anche dopo le modifiche apportate dal terzo correttivo al codice dei contratti pubblici.

*c) La selezione del promotore nell'ambito della finanza di progetto.*

Nelle procedure di infrazione aperte dalla Commissione europea contro l'Italia questa aveva più volte sottolineato che il principio di parità di trattamento implica che i criteri che conducono l'amministrazione all'individuazione del promotore devono essere formulati in modo congruo nell'avviso pubblicato a tal fine. Questo al fine di consentire a tutti i soggetti che partecipano alla selezione, di conoscere in anticipo i predetti criteri, calibrando su di essi le loro proposte. E' evidente che tali criteri non possono essere successivamente modificati.

La versione originaria dell'art. 153 prevedeva perciò che l'avviso da pubblicarsi a seguito della pubblicazione dello strumento di programmazione triennale dovesse già contenere i criteri in base ai quali procedere alla valutazione comparativa delle diverse proposte. In tal modo tutti i soggetti interessati potevano venire a conoscenza dell'esistenza della volontà dell'amministrazione di procedere alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità attraverso l'uso di risorse private e la valutazione comparativa delle proposte da essi presentate.

L'anticipazione dell'obbligo di pubblicità era anche sentita come la giustificazione del diritto di preferenza riconosciuto al soggetto designato quale promotore. In sostanza, ciascun imprenditore che opera nel settore economico a cui appartiene l'oggetto della concessione, poteva scegliere di presentare una proposta al fine di acquisire il vantaggio competitivo derivante dall'assumere la qualifica di promotore, oppure poteva, altrettanto liberamente, scegliere di partecipare alla seconda gara, sfruttando la proposta del soggetto designato promotore per redigere la propria, ma con il rischio di perdere l'aggiudicazione della concessione, ove questo si fosse avvalso del predetto diritto.

Un nodo cruciale della disciplina previgente, che sembra sciogliersi dopo le recenti modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 152/2008, concerne proprio l'applicabilità delle regole proprie delle gare ad evidenza pubblica già alla fase di selezione del promotore.

Su questo tema la giurisprudenza amministrativa aveva assunto un atteggiamento piuttosto ambiguo, evitando di prendere chiaramente posizione sulla questione.

Si veda ad es. quanto deciso da TAR Sardegna, sez. I, 18 settembre 2008, n. 1783.

Il ricorrente lamentava la violazione dei principi di pubblicità e trasparenza delle gare, indotta dalla mancata comunicazione delle informazioni necessarie per assistere alle sedute di gara dedicate all'apertura dei plichi contenenti la documentazione richiesta per l'ammissibilità delle proposte.

La difesa dell'amministrazione sosteneva che la procedura di selezione del promotore finanziario non potesse essere equiparata ad una procedura di gara vera e propria. Inoltre, poiché la fase di valutazione comparativa delle proposte era solo eventuale, e solo in questa fase si collocavano gli apporti partecipativi dei proponenti (sul punto si richiama Cons. St., sez. V, n. 6287/2005), concludeva che, nelle fasi procedurali precedenti, non vi fosse alcuna facoltà di partecipazione.

Le argomentazioni difensive non sono state ritenute condivisibili dal TAR Sardegna. Quanto all'applicabilità del principio di pubblicità anche nelle procedure di *project financing*, è stato rilevato che l'art. 152 del codice dei contratti prevede che in tali procedure «si applicano le disposizioni della parte I» in cui rientra l'art. 2 che indica i principi di trasparenza e di pubblicità come principi assoluti dei procedimenti di affidamento dei contratti pubblici. E' chiaro che anche nelle procedure di selezione del promotore finanziario (al pari di quanto si afferma per le procedure in cui il criterio di aggiudicazione è costituito dall'offerta economicamente più vantaggiosa) la regola della pubblicità delle sedute deve trovare applicazione esclusivamente con riguardo alla fase dell'ammissibilità delle proposte. Mentre debbono svolgersi in forma non pubblica le sedute in cui vengono effettuate le valutazioni comparative della qualità tecnica delle proposte presentate, in ossequio al principio di imparzialità che implica la sottrazione a pressioni esterne della formazione e della manifestazione di tali valutazioni. In questa fase potranno aversi apporti dei partecipanti solo se espressamente richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice.

Esclude indirettamente che la scelta del promotore costituisca l'esito di una procedura concorsuale una sentenza del TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 21 aprile 2008, n. 246, che ha sostenuto l'applicabilità dell'art. 10 *bis* della l. n. 241/1990 (preavviso di rigetto) nel caso in cui la p.a. sia intenzionata a respingere la proposta formulata da un aspirante promotore.

La difesa resistente contestava che l'art. 10 *bis* fosse applicabile alla complessa procedura del project financing sotto due profili. Secondo la resistente, avrebbe difettato da un lato, lo stesso presupposto dell'iniziativa procedimentale ad istanza di parte giacché la fattispecie originerebbe, al contrario, da un atto di impulso officioso, ossia dall'avviso pubblico; dall'altro, vertendosi in tema di procedura concorsuale, opererebbe la stessa esenzione dall'obbligo di inviare la comunicazione, giusta la disposizione derogatoria di cui all'ultimo comma dello stesso art. 10 *bis*. Entrambe le deduzioni sono state respinte.

Quanto al primo profilo, il Collegio ha osservato che, in casi del tutto analoghi, scaturenti dalla pubblicazione di avviso informativo recante l'invito a presentare proposte, la giurisprudenza ha riconosciuto l'obbligo dell'Amministrazione precedente di inviare, prima della formale reiezione delle stesse, il "preavviso di rigetto" (sull'illegittimità, per violazione dell'art. 10 *bis*, di un diniego di istanza di finanziamento per la realizzazione o il completamento di aree artigianali inoltrata a seguito di apposito avviso bandito dall'Amministrazione aggiudicatrice, si veda T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 15 maggio 2007, n. 817): ciò in quanto, a seguito dello stesso invito, con la presentazione della proposta di progetto (ossia su istanza di parte) si apre una nuova, autonoma, fase procedimentale, in relazione alla quale trovano esclusiva applicazione le regole procedimentali proprie della stessa, ivi comprese, pertanto, le norme in materia di partecipazione poste dal citato art. 10 *bis*. Quanto al secondo profilo, incentrato sulla pretesa natura concorsuale del segmento procedimentale in esame, il Collegio ha osservato che l'oggetto del contendere è rappresentato dal rigetto della proposta presentata dalla ricorrente, di cui l'Amministrazione resistente ha escluso la stessa pubblica utilità (cfr. art. 37 *ter* L. n. 109/1994). Si versa in una fase precedente alla procedura concorsuale effettiva, la quale si instaura solo allorquando l'Amministrazione aggiudicatrice abbia già dichiarato la pubblica utilità del progetto del proponente ed abbia anche indetto la gara per l'aggiudicazione dell'opera ai sensi del successivo art. 37 *quater* L. n.109/1994. Sulla base di quanto sopra scritto, il Collegio ha ritenuto che il provvedimento avverso si iscriva in una fase procedimentale in relazione alla quale non opera l'esclusione del preavviso di rigetto contemplata dalla norma eccezionale di cui all'art. 10 *bis*, ultimo comma.

Senonché la giurisprudenza più recente sembra assumere una posizione più cauta. Si veda ad es. TAR Puglia, sez. I, 21 aprile 2009, n. 946. Secondo il Giudice, alla fase di scelta del promotore devono in ogni caso applicarsi i principi di imparzialità e *par condicio* desumibili dalla legge sul procedimento amministrativo, tenuto conto che l'Amministrazione gode di ampia discrezionalità nella sola "valutazione" delle diverse proposte e non già nella preliminare fase di "ammissione" delle stesse, ove viceversa la verifica dei presupposti richiesti dalle norme e dalla *lex specialis* non può che essere rigorosa ed obbiettiva (si veda TAR Puglia, Bari, sez. I, 15 gennaio 2009 n. 65).

Come evidenziato nella citata decisione, l'esigenza di assoggettare anche la fase di selezione del promotore alle regole di imparzialità e *par condicio* discende dal potenziale contrasto, rilevato in sede comunitaria, tra la prelazione accordata al promotore e la tutela della concorrenza. La giurisprudenza interna aveva già

espresso un simile avvertimento, in relazione alla disciplina del *project financing* contenuta nella legge Merloni, affermando che: “*tale ragionamento, a ben vedere, oltre che corretto sul piano logico-giuridico, appare del tutto in linea con quanto affermato dagli Organi della Comunità europea nel parere motivato del 15 ottobre 2003 indirizzato alla Repubblica Italiana in forza dell’art. 226 del Trattato CEE, riguardo al diritto di prelazione introdotto dalla legge n. 166/02. All’esito del citato parere la Comunità Europea ha aperto una procedura di infrazione ai danni dello Stato Italiano facendo presente che il diritto di prelazione introdotto dalla legge n. 166/02 viola il principio di parità di trattamento, vuoi perché consente al promotore di aggiudicarsi la concessione mediante il semplice adeguamento dell’offerta a quella del concorrente risultato vittorioso, vuoi perché la disciplina del project financing, pur disponendo la pubblicazione in G.U.C.E. di un avviso indicativo volto a far conoscere l’esistenza di interventi realizzabili mediante l’istituto della finanza di progetto, non prevede in alcun modo che detto avviso renda noti i vantaggi di cui beneficia il promotore nella successiva fase della procedura negoziata. (...) Tali ineccepibili osservazioni della Comunità europea debbono essere poi integrate con i principi, ormai consolidati, della giurisprudenza amministrativa italiana, secondo cui in sede di gara indetta per l’aggiudicazione di un contratto, la pubblica amministrazione è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d’invito, costituisce la *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica, che non può essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *jus superveniens*, salvo naturalmente l’esercizio del potere di autotutela” (Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2005 n. 5316).*

Nello stesso senso si veda inoltre quanto statuito da Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741, secondo cui la procedura di scelta del promotore è caratterizzata da ampiezza di discrezionalità e da incisive e sostanziali valutazioni di merito, per cui le Amministrazioni aggiudicatrici, dopo aver valutato le proposte presentate, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse, sulla base di valutazioni di fattibilità strettamente connesse a scelte interne dell’Amministrazione, la quale soltanto può valutare i vari aspetti economici e tecnici della proposta presentata. Ovviamente, ciò non esclude il sindacato di legittimità da parte del G.A., sia pure nei confini tipici che una siffatta qualificazione del potere esercitato comporta (manifesta illogicità, irrazionalità, contraddittorietà, errori di fatto). Nel caso in esame, il giudice ha ritenuto legittima la decisione del Comune di escludere dalle proposte valutabili quella del raggruppamento ricorrente, che presentava una sicura difformità dallo studio di fattibilità, allegato all’avviso pubblico e parte integrante di esso.

I dubbi emersi in giurisprudenza sembrano chiarirsi con la nuova disciplina dei commi 1 ss. e 15 del D.Lgs. n. 152/2008, che obbliga le p.a. a scegliere il promotore con procedura aperta o ristretta, utilizzando il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e a pubblicare un bando con i contenuti dell’art. 144.

*d) I casi in cui la procedura di scelta del promotore è abbandonata dall’amministrazione.*

Alcune pronunce si sono occupate di casi in cui la procedura di scelta del promotore, regolarmente avviata, non venga conclusa per volontà dell’amministrazione. Sono state esaminate le motivazioni da essa adottate a sostegno della decisione di non procedere, con risultati tutt’altro che scontati.

E' stato precisato che la mera pendenza di procedimento per la scelta del promotore, ove non sia giunto alla dichiarazione di pubblico interesse, non onera l'amministrazione in sede di scelte programmatiche di motivare le ragioni per le quali una determinata opzione realizzativa di un'opera pubblica sia stata abbandonata: consegue a ciò che l'amministrazione, ove, nelle more della valutazione della proposta di finanza di progetto, intervenga un mutamento delle scelte programmatiche che incidano sull'opera da realizzarsi con l'apporto di capitale privato, potrà dichiarare non rispondente al pubblico interesse la proposta sulla semplice base del mutamento delle scelte programmatiche medio tempore intervenuto; in tal caso i proponenti non potranno contestare le scelte programmatiche dell'ente in relazione alle quali appaiono privi di una posizione giuridica differenziata, che assumeranno solo al momento della declaratoria di pubblico interesse (TAR Liguria, Genova, 25 marzo 2009, n. 438).

E' stato invece accolto il ricorso presentato da un'ATI che si era vista respingere la proposta formulata, giudicata dal Comune "non di pubblico interesse", in assenza di qualsivoglia confronto con la stessa. Secondo il Giudice, le procedure fondate su moduli collaborativi richiedono normalmente un confronto tra l'Amministrazione interessata e il soggetto privato promotore. Infatti, la predisposizione da parte dell'Amministrazione di un progetto di massima difficilmente potrebbe rappresentare un riferimento inequivoco al momento della redazione della proposta di progetto da parte del privato interessato. La necessaria non analiticità delle indicazioni dell'ente pubblico e le specifiche competenze in materia del soggetto proponente inevitabilmente richiedono un successivo confronto tra le parti, al fine di precisare e adeguare alle esigenze pubbliche il progetto redatto dal privato sulla base di indicazioni non eccessivamente dettagliate da parte dell'Amministrazione. Anzi appare molto probabile che una sola rielaborazione potrebbe non essere sufficiente, tenuto conto che alcuni aggiustamenti potrebbero richiedere a loro volta ulteriori modifiche al primigenio progetto elaborato. Di conseguenza si instaura una sorta di dialogo tra le parti che soltanto dopo diversi contatti consente di giungere ad un elaborato progettuale condiviso. Nel caso di specie, l'Amministrazione ha ritenuto non di pubblico interesse il progetto dell'A.T.I. ricorrente senza instaurare quel naturale e fisiologico "dialogo" per giungere, nei limiti del possibile ad un progetto condiviso (TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 30 gennaio 2009).

*e) La vexata questio della accessibilità degli atti di una procedura di selezione del promotore con particolare riferimento a quelli costituenti la proposta dichiarata di pubblico interesse.*

In tema di finanza di progetto, la giurisprudenza amministrativa è contraria al riconoscimento della possibilità per il soggetto escluso nella fase di individuazione del soggetto promotore di ottenere gli atti del procedimento amministrativo attraverso il quale è individuata la proposta di pubblico interesse.

Fuori dal coro era perciò apparsa una sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. III, 9 settembre 2008, n. 8186.

Il collegamento delle varie fasi dell'articolata serie procedimentale attraverso la quale si realizza il project financing, rileva nell'ottica del conseguimento del bene finale

(poiché è evidente che, anche nella fase dell'individuazione della proposta di pubblico interesse, l'utilità finale e conclusiva cui il promotore aspira è pur sempre l'aggiudicazione della concessione), ma non impedisce che il subprocedimento di scelta del "promotore", ex art. 154 del D.Lgs. n. 163/06, conduca ad un esito provvedimentale (individuazione del "promotore", appunto, e quindi concretizzazione di una posizione avente specifico ed autonomo rilievo, a maggior ragione nel caso in cui tale posizione risulta assistita da diritto di prelazione) immediatamente lesivo per il soggetto escluso o pretermesso e dunque da quest'ultimo subito ed autonomamente impugnabile (cfr. CdS, V, n. 4811 dell'11.9.2007 e TAR Bologna, I, n. 1552 del 23.4.2008).

Il proponente ha interesse alla scelta della propria proposta in luogo di quella di altri, e può quindi sicuramente censurare la determinazione in base alla quale una proposta diversa dalla sua sia stata dichiarata di pubblico interesse, poiché questo senza alcun dubbio rifluisce negativamente sulla sua posizione.

Né si potrebbe pretendere che a tutela di tale posizione, ed ai fini del riconoscimento dell'interesse, il soggetto proponente pretermesso sia costretto a partecipare, ai sensi dell'art. 155 del D.Lgs. n. 163/06, alla fase successiva della gara vera e propria (che potrebbe a questo punto non più interessargli, una volta che gli sia stata negata la qualità, cui egli aspirava, di soggetto promotore) per poter censurare solo all'esito della gara stessa la lesione determinata con un atto provvedimentale conclusivo di una fase precedente.

Ne consegue che al ricorrente contro l'atto di individuazione della proposta "di pubblico interesse" deve essere riconosciuta possibilità di piena tutela, anche previa ostensione dei documenti eventualmente richiesti in accesso, ai fini della formulazione dei motivi d'impugnativa correlati ai documenti stessi.

Quanto alle esigenze di tutela della riservatezza delle posizioni, anche industriali e finanziarie, del soggetto promotore, è stato affermata, in accordo con principi generali stabiliti dalla normativa sulla trasparenza, la preminenza delle esigenze difensive della ricorrente, trattandosi di atti - nei limiti evidentemente in cui siano venuti in rilievo nella procedura ed in essa siano stati valutati dall'Amministrazione - da far valere per difesa processuale, ai sensi dell'art. 24 comma 7 della legge n. 241/90 (vedi CdS, VI, 7.6.2006, n. 1418). Non sembra invece applicabile l'art. 13, comma 2, lettera c), del D.Lgs. n. 163/06, che non si occupa della fattispecie all'esame, dal momento che tale disposizione regola il differimento dell'accesso, in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione, nell'ambito di una procedura in corso, mentre nel caso in esame la procedura d'individuazione del promotore si è conclusa, e non rileva quindi la norma suddetta.

La posizione assunta dal TAR Lazio è stata immediatamente messa in discussione dal Consiglio di Stato, sez. IV, 26 gennaio 2009, n. 391.

Secondo quest'ultima, nella procedura delineata dagli articoli 153 e seguenti del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, piuttosto che individuarsi due serie sub - procedurali collegate ed autonome (l'una di selezione del progetto di pubblico interesse; l'altra di gara ad evidenza pubblica sulla base proprio del progetto dichiarato di pubblica utilità, a sua volta articolata in due sub fasi, la prima di individuazione delle due offerte economicamente più vantaggiose e l'altra di

procedura negoziata tra queste dette offerte economicamente più vantaggiose e quella proposta dal promotore), deve configurarsi una fattispecie a formazione progressiva in cui lo scopo finale (cioè l'aggiudicazione della concessione al soggetto che propone di realizzare l'opera col sistema economicamente più vantaggioso) si realizza attraverso le descritte fasi che non sono solo funzionalmente collegate, ma sono interdipendenti, così che la prima non è logicamente e giuridicamente concepibile senza la seconda e viceversa, con la ulteriore e definitiva conseguenza che esse non sono giuridicamente autonome, non potendo essere separate tra di loro a pena della stessa esistenza della procedura.

La dichiarazione di pubblico interesse di un determinato progetto, per quanto costituisca concreta manifestazione dell'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, non assicura di per sé al relativo soggetto presentatore alcuna diretta ed immediata utilità, la quale non può essere valutata ed apprezzata indipendentemente dalla successiva fase di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa e dall'aggiudicazione della concessione.

Si è in presenza dunque di un procedimento contraddistinto da una indiscutibile unitarietà, logico - giuridica, che non consente di poter applicare in modo automatico e semplicistico l'indirizzo giurisprudenziale che ammette l'immediata impugnazione di qualsiasi atto endoprocedimentale che determini in danno di un concorrente un arresto procedimentale.

Nello stesso senso si è posta anche la più recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 28 maggio 2009, n. 3391, richiamando quanto già statuito dalla sentenza n. 391. Secondo la sezione decisiva sarebbe la constatazione secondo cui un simile accesso consentirebbe, quanto meno al richiedente (cui non risulta interdotta la partecipazione alla fase di gara ad evidenza pubblica per la individuazione della offerta economicamente più vantaggiosa), di conoscere non solo i valori degli elementi necessari del piano economico – finanziario del progetto posto a base di gara per la determinazione dell'offerta, ma addirittura gli elementi costitutivi del piano economico – finanziario stesso (analisi dei prezzi, dei costi, le modalità di gestione dell'opera, l'eventuale ammortamento degli oneri finanziari, etc) del progetto posto a base di gara, alterando sicuramente la procedura ad evidenza pubblica e violando, in particolare, il principio della *par condicio* degli offerenti. Questo consentirebbe di avere, rispetto agli ordinari tempi della gara pubblica, un maggiore lasso di tempo per formulare eventualmente un'offerta migliorativa di quella ricavabile dal presentato piano economico – finanziario. E ciò senza contare che, in tal modo, la *par condicio* sarebbe sicuramente alterata nei confronti dello stesso promotore, la cui offerta – sostanzialmente contenuta nel predetto piano economico finanziario – non è modificabile se non *in pejus* (a favore cioè della sola amministrazione).

E' ragionevole attendersi che l'orientamento giurisprudenziale sopra delineato proseguirà anche dopo la modifica apportata con il terzo correttivo limitatamente alle due procedure denominate promotore bifase e promotore additivo.

### **3) Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria**

a) *Introduzione.*

Il terzo correttivo al Codice dei contratti pubblici non ha modificato in modo sostanziale il capo IV dedicato ai servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, se non per limitati profili che concernono ad es. i soggetti che possono erogare prestazioni concernenti la progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, la direzione dei lavori, e gli incarichi di supporto tecnico – amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale (art. 90, comma 1, lett. f bis e h); l'inserimento del riferimento espresso al collaudo nell'ambito delle attività rientranti nei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria oggetto di procedure concorsuali (art. 91); l'eliminazione dell'esplicito riferimento all'inderogabilità dei minimi tariffari, che era già peraltro caduta con il D.L. n. 223/2006 convertito in L. n. 248/2006 (art. 92, comma 3)<sup>4</sup>, ecc. Non sono state invece modificate le norme relative ai concorsi di progettazione e ai concorsi di idee.

Con particolare riferimento al collaudo, l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici ha adottato la determinazione n. 2 del 25 febbraio 2009, concernente *“l'affidamento degli incarichi di collaudo di lavori pubblici a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152”*. La determinazione fornisce alle pubbliche amministrazioni indicazioni utili per compiere il rigoroso accertamento preventivo, richiesto dall'art. 120, comma 2 *bis*, in merito alla possibilità di reperire nell'ambito del proprio personale la professionalità idonea alla prestazione, al fine di limitare il ricorso a professionalità esterne. Soltanto ove la p.a. non possa ricorrere a propri dipendenti o di altre amministrazioni aggiudicatrici, l'affidamento dell'incarico di collaudatore potrà essere affidato a soggetti esterni, secondo le modalità e le procedure stabilite dall'art. 91 del Codice.

---

<sup>4</sup> Si veda sul punto quanto statuito da Consiglio di Stato, sez. VI, 9 marzo 2009, n. 1342, secondo cui nell'attuale assetto normativo degli appalti pubblici, le tariffe professionali di ingegneri e architetti e, quindi, tra esse, anche le tariffe relative alle "prestazioni speciali" (concernenti il coordinamento per la sicurezza nella fase della progettazione, piano di sicurezza e fascicolo, nonché il coordinamento per la sicurezza nella fase dell'esecuzione), non costituiscono più "minimi inderogabili". Tanto discende dai principi liberalizzatori di fonte comunitaria e dell'entrata in vigore del c.d. decreto Bersani (decreto-legge n. 223 del 4 luglio 2006, convertito nella legge n. 248 del 4 agosto 2006), che è stato interpretato dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con determinazione 29 marzo 2007, n. 4/2007, nel senso del superamento del principio del carattere inderogabile delle tariffe.

Si veda ancora TAR Campania, Salerno, 9 febbraio 2009, n. 485, relativa al caso piuttosto singolare di un professionista che aveva ottenuto l'incarico di progettazione di un'opera pubblica per un importo di gran lunga inferiore ai minimi tariffari. Secondo il Giudice, questo non esclude il carattere oneroso del contratto, né fa venire meno l'interesse del progettista, il quale, con riferimento all'area dei lavori pubblici, può comunque ricavare un'utilità concreta nell'arricchire il proprio curriculum professionale, grazie alla progettazione di un'opera pubblica e, in tal senso, la previsione di un compenso simbolico e virtuale finisce per essere ampiamente compensata dalla prospettiva di future occasioni di lavoro.

*b) Analisi delle sentenze più rilevanti.*

*b1) Giurisprudenza costituzionale*

Si segnala la sentenza della Corte costituzionale, 1 agosto 2008, n. 322, che ha dichiarato costituzionalmente l'art. 6, comma 1, della legge n. 17 del 2007, che modifica l'art. 8, comma 1, della legge n. 27 del 2003 (in tema di affidamento dei servizi relativi all'architettura e all'ingegneria) e l'art. 7, commi 2 e 3, che modifica l'art. 9, commi 1 e 2, della stessa legge regionale (in tema di criteri di affidamento, forme di pubblicità e bandi tipo), per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettere e), l) e m), Cost. ed in particolare l'art. 6, comma 1, «nella parte in cui richiama l'art. 9, commi 1 e 2, della stessa legge».

Secondo la Corte, la disciplina dettata dalla Regione produce una erosione dell'area coperta da obblighi di gara. Essa, infatti, lascia le stazioni appaltanti libere di scegliere le modalità di affidamento degli incarichi di ingegneria e architettura comportanti un compenso inferiore a 40 mila euro, così riducendo il confronto concorrenziale nell'affidamento di tali servizi; consente che una deliberazione della Giunta regionale detti i criteri e le modalità di affidamento degli incarichi di ingegneria e architettura comportanti un compenso compreso tra 40 mila euro e la soglia comunitaria, nonché sulle forme di pubblicità dei medesimi e sui criteri di verifica e validazione dei progetti, incidendo in tal modo sulle regole di mercato; ecc. La normativa regionale, dunque, detta una disciplina difforme da quella nazionale in materie riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in base all'art. 117, secondo comma, Cost., riducendo, da un lato, l'area alla quale si applicano le regole concorrenziali dirette a consentire la piena esplicazione del mercato nel settore degli appalti pubblici a tutti gli operatori economici («tutela della concorrenza») e alterando, dall'altro, le regole contrattuali che disciplinano i rapporti privati («ordinamento civile»).

Sulla stessa linea, si pone la più recente sentenza n. 411 del 17 dicembre 2008, che ha dichiarato costituzionalmente illegittime talune norme in materia di progettazione di lavori pubblici della l.r. Sardegna n. 5 del 7 agosto 2007, “procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in attuazione della direttiva comunitaria n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e disposizioni per la disciplina delle fasi del ciclo dell'appalto”.

Secondo la Corte costituzionale, le norme regionali in materia di disciplina della progettazione e delle tipologie progettuali, nonché di affidamento degli incarichi di progettazione e di direzione lavori esorbitano la competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici di interesse regionale, alla quale non appartengono le norme relative alle procedure di gara ed all'esecuzione del rapporto contrattuale, che costituiscono invece oggetto delle disposizioni del citato d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti), alle quali, pertanto, il legislatore regionale dovrebbe adeguarsi.

*b2) Giurisprudenza di legittimità*

Un primo gruppo di sentenze si preoccupa di valutare la legittimità delle previsioni dei bandi che individuano le categorie professionali che possono partecipare alle

gare di progettazione, ai concorsi di progettazione o ai concorsi di idee, ampliando o riducendo la loro estensione. La giurisprudenza ha ritenuto legittima l'inclusione o l'esclusione di determinate categorie professionali tra quelle abilitate a partecipare alle predette gare ogni volta che essa è apparsa giustificabile, in base alle leggi vigenti, con riferimento allo specifico oggetto del servizio richiesto.

E' stato perciò precisato che anche l'iscritto all'ordine dei dottori agronomi e forestali può essere anche autore di progetti per la realizzazione di strutture edilizie, sia in ambito prettamente rurale, sia per quelle aventi caratterizzazioni marcatamente industriali o civili, ma ciò purché vi sia un sostanziale collegamento funzionale con un intervento globale volto alla "valorizzazione e gestione dei processi produttivi agricoli, zootecnici e forestali"; quando, invece, la progettazione è totalmente autonoma ed è assente ogni specifico nesso di collegamento con le funzioni che sono proprie della categoria professionale, la competenza non rientra tra quelle appartenenti agli iscritti a tale Ordine. Ne consegue che è stato giudicato legittimo il provvedimento comunale di esclusione di un iscritto all'Ordine dei dottori agronomi e forestali da un concorso pubblico per titoli ed esami per la copertura di n. 1 posto di istruttore tecnico Geometra cat. C1 (TAR Sardegna, sez. II, 20 marzo 2009, n. 321).

Pure legittimo è stato ritenuto un bando di concorso di idee preordinato ad acquisire ipotesi progettuali finalizzate alla riqualificazione, al recupero funzionale della piazza principale, del corso e delle vie attigue di un comune piemontese, al fine di ottenere suggerimenti per rinnovare la pavimentazione, inserire elementi di arredo urbano, ipotizzare la creazione di sculture, ecc., riservando la partecipazione esclusivamente agli architetti, ed implicitamente escludendo gli ingegneri. Tale bando è stato ritenuto conforme all'art. 52 del R.D. n. 2537/1925, che riserva agli architetti le attività prettamente artistiche, in linea con la loro maggior preparazione culturale in tali ambiti, lasciando agli ingegneri l'esercizio delle attività di progettazione e direzione lavori riguardanti l'edilizia civile. Né a livello comunitario, la direttiva CE 10 giugno 1985 n. 384 impone agli Stati membri di porre i diplomi di laurea in architettura e in ingegneria civile su un piano di perfetta parità per quanto riguarda l'accesso alla professione di architetto in Italia (TAR Piemonte, sez. I, 28 febbraio 2009, n. 616).

E' stato invece ritenuto illegittimo l'avviso per l'affidamento di un incarico per la redazione di operazioni di frazionamento, visure catastali e pratiche DOCFA al catasto urbano, nella parte in cui tale avviso non menziona anche gli architetti tra i soggetti abilitati a sottoscrivere le relative procedure, atteso che, in base alle disposizioni vigenti in materia di frazionamento di particelle catastali (legge n. 679/1969), la relativa proposta può essere sottoscritta, oltre che dagli ingegneri, dai dottori in scienze agrarie ed altri periti, anche dagli architetti, a nulla rilevando che la progettazione dell'opera da accatastare rientri nella competenza esclusiva degli ingegneri (Consiglio di Stato, sez. V, 7 aprile 2009, n. 2151).

Un secondo gruppo di sentenze si occupa di valutare le modalità di affidamento degli incarichi "interni" ed "esterni".

Sul fronte dei cd. incarichi interni, si segnala un'interessante sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 22 ottobre 2008, n. 5175, relativa all'affidamento di incarichi di

progettazione e di direzioni di lavori ad un libero professionista, responsabile del procedimento, già legato al Comune da rapporto di lavoro autonomo assimilabile nella sostanza a quello di dipendente (collaborazione coordinata e continuativa), incarichi che erano stati conferiti secondo le norme relative ai dipendenti pubblici, ma pagati secondo le tariffe professionali (allora) applicabili. Il Giudice ha rilevato che l'affidamento di incarichi di progettazione e direzione nei confronti del suddetto professionista avrebbe dovuto avvenire nel rispetto della normativa dettata per l'affidamento dei incarichi a dipendenti dell'ente e gli stessi avrebbero dovuto essere retribuiti secondo il sistema normativo proprio dei dipendenti. Il Comune ha affidato gli incarichi in questione utilizzando l'ampia sfera di discrezionalità riconosciuta dalla legge quando intenda avvalersi dei propri dipendenti, ed anzi non ha nemmeno esplicitato le valutazioni richieste dalla stessa; gli incarichi in parola sono stati poi pagati sulla base della tariffa professionale, senza impostare alcun raffronto fra professionisti. La suddetta confusione di procedimenti ha quindi portato a conferire incarichi esterni sulla base di un mero *intuitus personae*.

Sul fronte dei cd. incarichi esterni, sono censurate le scelte di quelle pubbliche amministrazioni che hanno affidato servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura senza esperire le necessarie procedure concorsuali, attraverso il conferimento di incarichi di consulenza per attività asseritamente strumentali all'attività principale (di redazione di progetti o di altri documenti annessi ai progetti).

Interessante è la complessa vicenda di un concorso di idee per la elaborazione di uno studio di fattibilità per la progettazione di una piazza di Mestre, aggiudicato a due giovani professioniste. Successivamente il Comune di Venezia aveva ritenuto di affidare un incarico di consulenza per il coordinamento progettuale degli interventi di riqualificazione della predetta piazza in favore ad un architetto spagnolo di fama internazionale, che non aveva preso parte al medesimo. La difesa del Comune di Venezia aveva sostenuto che il conferimento, da parte di un ente pubblico, di un incarico ad un professionista non inserito nella struttura organica dell'ente medesimo (e che mantiene, pertanto, la propria autonomia organizzativa e l'iscrizione al relativo albo) costituirebbe espressione non già di una potestà amministrativa, bensì di una semplice autonomia privata, e sarebbe funzionale all'instaurazione di un rapporto di cosiddetta "*parasubordinazione*" - da ricondurre pur sempre al lavoro autonomo - pur nell'ipotesi in cui la collaborazione assuma carattere continuativo, ed il professionista riceva direttive ed istruzioni dall'Ente, onde anche la successiva delibera di revoca dell'incarico riveste natura non autoritativa, ma di recesso contrattuale. Il Giudice adito ha invece chiarito che, a prescindere dal fatto che la prestazione possa qualificarsi come realizzazione di un progetto preliminare o come mero "apporto di idee" che dovrebbe consentire una corretta attuazione in sede di progettazione preliminare delle linee di indirizzo determinate dall'organo politico, la regola della concorsualità non può essere violata, posto che la nozione di "affidamento", e la conseguente necessità dell'evidenza pubblica comprendono espressamente anche i "concorsi di idee": il che vuol dire che non solo non è consentito alle Pubbliche Amministrazioni affidare senza procedimento concorsuale qualsivoglia tipo di progettazione, ma che anche la preliminare acquisizione di idee finalizzate alla progettazione deve comunque essere

acquisita e remunerata solo previo procedimento ad evidenza pubblica. E' ritenuta palese la violazione degli artt. 90 e 91 del D.Lgs. 163 del 2006 - laddove, rispettivamente, si definiscono le attività di progettazione e si ribadisce la loro inderogabile inerente alla predetta nozione di "affidamento" -, poiché è stata disposta una procedura negoziata senza bando di gara in difformità agli inderogabili presupposti previsti al riguardo dall'art. 57 del medesimo D.L.vo 163 del 2006, e in particolare senza che il pur riconosciuto prestigio cui è stato conferito l'incarico giunga all'indispensabile "esclusività" o "infungibilità" della sua prestazione professionale, tale da sottrarlo al confronto con altri professionisti di valore perlomeno equivalente che, aderendo alle conseguenze della tesi dell'Amministrazione Comunale, neppure esisterebbero sul mercato (TAR Veneto, Venezia, 21 novembre 2008, n. 3620).

Un'altra pronuncia interessante è scaturita a seguito del ricorso proposto dell'ordine dei Geologi, con il quale è stata censurata la delibera con la quale un Comune ha statuito di redigere "internamente" lo studio geologico, con la relativa attestazione di compatibilità, la valutazione di incidenza e la VAS, necessari per l'adozione di una Variante al P.R.G. in itinere, e di affidare ad una Università o ad altro Ente Pubblico di ricerca l'incarico di "collaborazione per l'approfondimento di specifiche tematiche relative allo studio geologico, alla valutazione di incidenza e alla VAS". Tale incarico è poi stato conferito direttamente alla locale Università "in economia".

Dall'esame della convenzione è infatti emerso che l'incarico affidato all'Università non consisteva, come afferma il Comune, in una semplice attività di ricerca e/o consulenza, di supporto alla redazione della Relazione Geologica, bensì costituisce la Relazione Geologica stessa, cioè consta di una vera e propria attività professionale di esclusiva competenza dei geologi.

Secondo il Giudice, la Relazione in questione consta di un'insieme di attività sicuramente soggette alle regole di cui al D.Lg. 163/06, in quanto "servizio" ricompreso tra quelli di cui all'all. II A, che, alla cat. 12, richiama espressamente i "servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, anche integrata; servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica; servizi affini di consulenza scientifica e tecnica; servizi di sperimentazione tecnica e analisi". Tale cat. 12 rimanda - con i numeri ivi indicati - alle specificazioni di cui al Regolamento del Parlamento europeo n. 2195 del 5.11.02, contenente il Vocabolario Comune per gli Appalti. In particolare, al n. 74271220 - 7 sono indicati i "servizi di consulenza geologica", al n. 74274000-0 i servizi di "cartografia" e al n. 74274000-1, i servizi di "cartografia digitale". Ne consegue che la Relazione Geologica costituisce un "servizio" da affidare (qualora l'Ente non sia in grado, come nel caso di specie, di redigerlo internamente, in tutte le sue fasi) con gara ad evidenza pubblica, soggetta, oggi, alle regole di cui al D.Lg. 163/06, quindi con previa pubblicazione di un bando che offra la possibilità di partecipare a tutti i soggetti interessati in possesso delle qualifiche professionali previste dalla legge.

Il Giudice adito ha inoltre censurato la decisione del Comune di affidare l'incarico "in economia", poiché tale possibilità era espressamente esclusa dal Regolamento comunale (si veda ad es. TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 24 aprile 2009, n. 293).

In disparte rispetto a quelle esaminate, anche se del tutto analoga quanto agli esiti, è la vicenda innescata dalla decisione di un pool di investitori, pubblici (camera di commercio) e privati (fondazione bancaria, associazione degli industriali), di procedere all'acquisizione del progetto definitivo del primo stralcio di un nodo stradale, da redigersi sulla base di un progetto preliminare già donato dagli stessi alla Regione. Il progetto era destinato alla stessa Regione, che avrebbe poi provveduto a farlo proprio e a presentarlo al Ministero delle Infrastrutture. Alla gara erano invitati soltanto tre competitori, tra i quali era individuato il vincitore.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che, in base al Codice, soltanto l'amministrazione competente può elaborare direttamente la progettazione dell'opera pubblica da realizzare oppure affidarla a terzi mediante specifiche procedure di evidenza pubblica.

Tale norma è stata elusa poiché la progettazione definitiva è stata realizzata sulla base di un incarico conferito da un soggetto diverso dalla Regione. Il prodotto finale è stato successivamente messo a disposizione della Regione che ha provveduto a farlo proprio e a presentarlo al Ministero delle infrastrutture per l'approvazione e la concessione del finanziamento. In tal modo si è indirettamente fatto sì che un incarico di progettazione di interesse (e competenza) della Regione non sia stato svolto né da personale della stessa o di altre pubbliche amministrazioni, né da soggetto scelto con le procedure di cui al codice dei contratti pubblici.

La circostanza per cui il costo del progetto definitivo era finanziato dai soggetti promotori non consentiva in alcun caso la non applicazione delle norme del Codice, ma tutt'al più la messa a disposizione dei fondi alla Regione, che poi avrebbe dovuto procedere alla gara per la scelta del progettista. Inoltre, nel "pool" vi era la Camera di commercio che è una pubblica amministrazione e che, contribuendo con più di euro 100.000,00 (nella specie 500.000,00), era tenuta al rispetto dell'art. 91, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 (il quale prevede, per l'affidamento di incarichi di progettazione, l'espletamento di specifiche procedure) e all'applicazione del codice dei contratti pubblici (Consiglio di Stato, sez. IV, 7 marzo 2008, n. 1008).

Un ultimo gruppo di sentenze riguarda la possibilità o meno per l'amministrazione di procedere all'accorpamento dei livelli della progettazione. L'orientamento giurisprudenziale prevalente sostiene che l'accorpamento dei livelli di progettazione previsti dall'art. 93, D.Lgs. n. 163 del 2006 possa risolversi in una mera irregolarità che non ridonda in un profilo di illegittimità dell'atto salvo che venga dedotto che le finalità, oggetto di tutela, siano state effettivamente messe a repentaglio a seguito dell'unificazione di qualcuna delle fasi (per un'applicazione concreta si veda Consiglio di Stato, sez. IV, 29 maggio 2008, n. 2586, secondo cui la scansione progettuale non è indifferente per i soggetti terzi rispetto all'amministrazione, poiché da una più articolata progettazione questi possono attendersi una maggiore attenzione per le situazioni di fatto di cui essi sono portatori e per gli interessi incisi). Non è perciò escluso insomma che le fasi progettuali o alcune di esse siano elaborate in un unico contesto quando i lavori abbiano carattere di urgenza e indifferibilità e a condizione che la concentrazione delle fasi non si risolva in lacune o imprecisioni (si veda anche TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 7 gennaio 2008, n. 8).

Ad es. TAR Puglia, Bari, sez. I, 3 dicembre 2008, n. 2753 ha statuito che non può ritenersi viziato l'atto che, a ragione della non complessità dell'opera e quindi della relativa progettazione, abbia ritenuto di poter prescindere dalla progettazione definitiva, potendosi accedere senza difficoltà (considerata l'urgenza di ampliare il cimitero, dato l'esaurimento dei loculi) direttamente a quella esecutiva.

Ancora più aperta appare la posizione di TAR Emilia – Romagna, Parma, sez. I, 18 luglio 2008, n. 360, secondo cui è ammissibile la prassi diffusa a livello amministrativo della predisposizione congiunta del progetto definitivo e del progetto esecutivo, quando essa risulti integrare quella completa e complessa operazione tecnico-amministrativa finalizzata al massimo livello di approfondimento possibile, che consenta in definitiva la definizione e l'identificazione di ogni elemento progettuale in forma, tipologia, dimensione, prezzo, qualità, comprendendo tutti gli aspetti che sono necessari per la realizzazione dell'opera, in conformità con il progetto preliminare.