

Consiglio nazionale ingegneri

Analisi e commenti sullo schema di Decreto Legislativo "Ulteriori modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" (Atto n. 12)

Roma, 23 luglio 2008

Indice

Premessa e sintesi	Pag.	1
1. Sulle modifiche previste dall'articolo 1 dello Schema di decreto	“	11
1.1. Modifiche di cui all'articolo 1, comma 1, lettere f e v.1	“	11
1.2. Modifiche di cui all'articolo 1 comma 1, lettere y, z, aa	“	15
2. Sulle modifiche previste dall'articolo 2 dello Schema di decreto	“	17
2.1. Modifiche di cui all'articolo 2, comma 1, lettera m	“	17
2.2. Modifiche di cui all'articolo 2, comma 1, lettera n	“	17
2.3. Modifiche di cui all'articolo 2, comma 1, lettera o	“	21
2.4. Modifiche di cui all'articolo 2, comma 1, lettere s e z	“	22
2.5. Modifiche di cui all'articolo 2, comma 1, lettera gg	“	24
3. Le modifiche e le integrazioni necessarie alla disciplina dei lavori pubblici	“	25
3.1. Ripristinare il limite al ribasso per l'aggiudicazione degli affidamenti di progettazione	“	25
3.2. Privilegiare l'affidamento esterno degli incarichi di progettazione	“	27
3.3. Obbligo di utilizzare il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa per l'aggiudicazione dei bandi di progettazione	“	29
3.4. Garantire la qualificazione dei progettisti negli appalti di progettazione ed esecuzione	“	31
3.5. Ribadire il divieto di richiedere il deposito di cauzioni per l'affidamento degli incarichi di progettazione	“	32

Premessa e sintesi

Il Consiglio nazionale degli ingegneri da sempre promuove e sostiene la tutela della progettazione quale garanzia della qualità delle opere pubbliche. Tutela della progettazione che era stata garantita dalla prima versione della Legge 109/94 (legge Merloni) attraverso la definizione del principio di separazione tra attività di esecuzione e attività di progettazione e l'apposizione di un limite alla competizione sul prezzo per l'acquisizione degli affidamenti di progettazione.

Negli ultimi anni, gli interventi del legislatore sulla materia dei lavori pubblici hanno, di fatto, determinato il superamento della separazione tra attività di esecuzione e progettazione, sancito la non sussistenza di "minimi" tariffari vincolanti e liberalizzato i ribassi per l'acquisizione degli incarichi di progettazione.

Si esprime forte preoccupazione per quanto disposto dallo Schema di decreto in esame sul punto; esso non soltanto conferma la libera ribassabilità dei compensi dei professionisti esterni in sede di aggiudicazione dei bandi di gara ma, addirittura, **priva le stazioni appaltanti di ogni riferimento vincolante per la definizione degli importi da porre a base d'asta negli affidamenti di progettazione.**

Ci si riferisce, in particolare, alle modifiche previste **dall'articolo 2, lettera n dello Schema di decreto**, le quali si applicano all'articolo 92 del Codice dei contratti.

In particolare, il combinato disposto delle modifiche previste ai punti **n. 2, n. 3 e n. 4** determina il fatto che le stazioni appaltanti non siano più obbligate a stabilire gli importi da porre a base per l'affidamento degli incarichi di progettazione utilizzando come riferimento i corrispettivi di cui al 2° comma del novellato art. 92 del Codice; il ricorso a tali corrispettivi per la determinazione degli importi da porre a base d'asta sarà possibile soltanto se essi saranno **"motivatamente ritenuti adeguati"** dalla stessa stazione appaltante.

Si sancisce quindi, di fatto, **l'inutilità dei corrispettivi** di cui ai

commi 2 e 3 dell'art. 92, in quanto non più vincolanti come “minimi” tariffari e, se le modifiche ipotizzate dallo Schema di decreto verranno approvate, nemmeno più necessari per la definizione degli importi da porre a base d'asta negli affidamenti di progettazione.

Se per i lavori pubblici (a corpo o a misura) la base d'asta è determinata facendo riferimento a prezziari regionali, è paradossale che lo Schema di decreto, nel caso delle prestazioni d'ingegneria, rimetta la definizione dell'importo posto a gara all'apprezzamento totalmente discrezionale della pubblica amministrazione.

La libera ribassabilità dei “minimi” tariffari, inoltre, non soltanto sta già determinando il manifestarsi di ribassi del tutto anomali ma risulta, di fatto, inutile per contenere il costo della realizzazione delle opere pubbliche.

Secondo un monitoraggio svolto dal Centro studi del Consiglio nazionale degli ingegneri, nelle 196 gare di progettazione aggiudicate nel primo semestre 2008 (per un complessivo valore delle opere pari a circa 4 miliardi di euro ed un importo dei servizi di progettazione posto a base di gara pari a circa 200 milioni di euro) l'importo medio di aggiudicazione è di poco inferiore a 430mila euro, **con un ribasso medio pari al 31,3%**. Peraltro, si sono registrate aggiudicazioni con ribassi **dell'ordine del 40 e 50%, e un ribasso massimo pari al 66%**.

Ribassi medi dell'ordine del 30% si registrano anche per gli incarichi di coordinatore della sicurezza in fase di progettazione, che come tutte le prestazioni attinenti la sicurezza dovrebbero essere escluse dal ribasso in fase di aggiudicazione.

I “risparmi” per le stazioni appaltanti determinati dall'abolizione dei minimi tariffari possono stimarsi **in circa 60 milioni di euro nei primi 6 mesi del 2008**. Si tratta di circa **20-25 milioni in più** di quanto si sarebbe ottenuto mantenendo la possibilità di apportare una riduzione fino ad un massimo del 20% rispetto ai corrispettivi del comma 2 dell'articolo 92, così come sancito dal comma 12-bis dell'articolo 4 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65,

convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155.

I risparmi “aggiuntivi” ottenuti attraverso la libera ribassabilità dei compensi di progettazione, rappresentano appena **lo 0,5% del costo delle opere** alle quali i servizi di progettazione oggetto di ribasso si riferiscono.

Per altro pare evidente che, con ribassi dell’ordine del 40 e 50%, diventa più probabile l’insorgere di problemi in fase di esecuzione, con necessità di apportare varianti in corso d’opera e la conseguente lievitazione dei costi di realizzazione delle opere che, certamente, sopravvanzeranno i “risparmi” ottenuti dalle amministrazioni pubbliche attraverso la libera ribassabilità dei compensi per gli incarichi di progettazione.

Il nostro paese, d’altronde, ha già sperimentato¹, in particolare dal 1977 al 1989, la liberalizzazione dei compensi per gli incarichi di progettazione nel settore dei lavori pubblici; liberalizzazione risultata fallimentare ed antieconomica, cui si è posto fine proprio con il comma 12-bis dell’articolo 4 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155 che ha posto un limite massimo ai ribassi praticabili rispetto alle tariffe professionali nell’ambito degli affidamenti pubblici.

Si ritiene, pertanto, necessario cassare le modifiche proposte dalle lettere n. 2, n. 3 e n. 4 dell’articolo 2 comma 1 dello Schema di decreto e confermare l’obbligo per le stazioni appaltanti di fare riferimento ai corrispettivi di cui ai commi 2 e 3 dell’art. 92 per la determinazione degli importi da porre a base d’asta per gli affidamenti di progettazione; inoltre si richiede la reintroduzione del limite alla ribassabilità dei suddetti corrispettivo sancito dal comma 12-bis

¹ L’art. 6 della Legge 1 luglio 1977, n. 404, seppur inserito in una legge concernente l’edilizia carceraria, fu inteso dalla giurisprudenza come disposizione ad efficacia generale (Cass. II, 8 ottobre 2004, n. 20039); esso ha interpretato autenticamente la Legge 5 maggio 1976, n. 340 e ha ristretto (per motivi di contenimento della spesa pubblica) “ai rapporti tra privati” la prevista inderogabilità delle determinazioni tariffarie. Di fatto dal 1977 sono stati liberalizzati i compensi di ingegneri e architetti per le prestazioni erogate alla pubblica amministrazione. Successivamente è intervenuto l’art. 4, comma 12 bis del D.L. 4 marzo 1989, n. 65, convertito in legge 26 aprile 1989, n. 155, che autorizzava, nell’ambito dei rapporti dei professionisti in questione a favore dello Stato e degli enti pubblici, e comunque per le opere finanziate dall’erario, la riduzione degli importi tariffari nei limiti massimi del 20%.

dell'articolo 4 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155.

Si ritiene, inoltre, opportuno definire i contenuti dello “**studio di fattibilità**”, nozione **alla** quale si fa sempre più frequentemente riferimento nel settore dei lavori pubblici.

In particolare, la nozione di “**studio di fattibilità**” viene proposta dalle modifiche **di cui art. 1, comma 1, lett. f dello schema di decreto**, relative all’art. 32, 1° comma, lett g del Codice, attinente “*lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso*”.

La nuova formulazione della lettera g dell’articolo 32 del Codice dispone che: “L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, il titolare del permesso di costruire presenti all'amministrazione medesima, entro novanta giorni dal rilascio del permesso di costruire, **uno studio di fattibilità** relativo alle opere da eseguire. L'amministrazione, sulla base dello studio di fattibilità presentato dal titolare del permesso di costruire, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 155”.

Anche nella riorganizzazione della procedura del *project financing*, determinata **dall’art. 1, comma 1, lett. y** dello Schema di decreto, che riscrive interamente l’art. 153 del Codice, si affida alla Amministrazione aggiudicatrice il solo compito di predisporre uno “*studio di fattibilità*” da porre a base di gara (comma 3), assegnando la definizione di tutti i successivi livelli della progettazione al soggetto privato.

Così come i contenuti del progetto preliminare, di quello definitivo e di quello esecutivo sono puntualmente definiti nell’ambito del Codice, sembra necessario addivenire ad una altrettanto puntuale definizione dei contenuti dello “studio di fattibilità”.

Altre modifiche di particolare rilevanza attengono alle attività di **collaudo** di cui **all'articolo 2, comma 1, lettera s** dello schema di decreto (riferita all'articolo 120 del Codice) e allo stesso **articolo 2, comma 1 lettera z dello schema di decreto** (riferita all'articolo 141, comma 4 del Codice). **Con tali modifiche si consente ai dipendenti delle stazioni appaltanti e delle amministrazioni aggiudicatrici di svolgere le cruciali attività di collaudo di lavori, servizi e forniture con il solo possesso di generiche competenze in materia.**

Il correttivo proposto **dall'articolo 2, comma 1, lettera s** inserisce all'art. 120 del Codice, il comma 1 *bis* che disciplina l'attività di "collaudo" per i contratti pubblici aventi ad oggetto servizi e/o forniture. Ai sensi di detta norma: *"Per i contratti relativi a servizi e forniture, l'affidamento dell'incarico di collaudo o di verifica di conformità, in quanto attività propria delle stazioni appaltanti, è conferito dalle stesse all'interno delle proprie strutture e a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici con competenze relative all'oggetto contrattuale, sulla base di criteri da fissare preventivamente, nel rispetto dei principi di rotazione e trasparenza"*.

La disposizione è analoga a quella introdotta al 4° comma dell'art. 141 del Codice **dall'articolo 2, comma 1 lettera z** dello schema di decreto, attinente al **collaudo di lavori**. Tale ultima disposizione prevede, difatti, che: *"L'incarico di collaudo, in quanto attività propria delle stazioni appaltanti, è conferito dalle stesse all'interno delle proprie strutture e a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici con competenze in materia di lavori pubblici, sulla base di criteri da fissare preventivamente, nel rispetto dei principi di rotazione e trasparenza(...)"*.

Così come formulati i due incisi renderebbero possibile l'affidamento delle importanti attività di collaudo a dipendenti privi di idonea formazione tecnica, documentata capacità ed esperienza. Né potrebbe mai colmare la lacuna in questione il riferimento, operato dalle medesime disposizioni, ai criteri da fissare preventivamente, nel rispetto dei principi di rotazione e trasparenza, in quanto essi afferiscono alla sola attribuzione degli incarichi e non anche alla verifica del possesso delle idonee competenze e conoscenze in capo ai

dipendenti.

Resta, dunque, preferibile l'attuale formulazione dell'articolo 141, comma 4 del Codice attinente al collaudo di lavori che richiede (sia per i collaudatori interni la pubblica amministrazione che per quelli esterni) il possesso di ***“elevata e specifica qualificazione, con riferimento al tipo di lavori, alla loro complessità ed all'importo degli stessi”***. Tale dicitura dovrebbe essere utilizzata anche per definire i requisiti necessari allo svolgimento delle attività di collaudo di servizi e forniture, sia per i dipendenti pubblici che per i professionisti esterni.

Lo schema di decreto in esame, infine, determina **un ampliamento degli oneri a carico delle amministrazioni pubbliche** (in contraddizione con quanto previsto dall'art. 3 dello stesso Schema di decreto) connessi all'utilizzo dei propri dipendenti per lo svolgimento di specifici compiti, i cui compensi sono attualmente regolati dal comma 5 dell'art. 92 del Codice. In particolare, si fa riferimento a quanto previsto da:

- **l'art. 2, comma 1, lettera n. 5** dello schema di decreto (afferente al 5° comma dell'art. 92 del Codice) il quale prevede l'inserimento, accanto al termine *“collaudo”* dell'inciso *“tecnico-amministrativo”*. Ciò determinerebbe l'esclusione, dall'incentivo di cui comma 5 dell'art. 92 del Codice, del compenso per l'attività di collaudo *“statico”* svolta dal dipendente pubblico, che quindi dovrebbe essere compensata con risorse e oneri aggiuntivi per l'amministrazione. Su questo punto si condividono appieno le considerazioni espresse dal Consiglio di Stato nel parere 2357/08;
- **l'art. 2, comma 1, lettera n. 6** dello schema di decreto prevede l'inserimento del comma 7 *bis* all'art. 92 del Codice. Tale comma dispone l'inserimento nel quadro economico di ciascun intervento *“l'assicurazione dei dipendenti”* nonché le non meglio definite (e pertanto assolutamente generiche), *“spese di funzionamento delle amministrazioni aggiudicatrici sostenute in relazione all'intervento”*: da qui anche l'ipotesi di modifica della

denominazione della rubrica dell'art. 92 del Codice (art. 2, comma 1, lettera n.1 dello schema di decreto), con l'aggiunta dell'altrettanto generico inciso “*e fondi a disposizioni delle stazioni appaltanti*”;

- **l'art. 2, comma 1, lettera o. 1** dello schema di decreto che prevede l'inserimento di un altro comma (il 4 *bis*) all'art. 112 del Codice, il quale pone in capo al dipendente svolgente attività di verifica del progetto l'obbligo di munirsi di apposita polizza di responsabilità civile, i cui costi sono interamente attribuiti all'amministrazione.

In realtà, sembra essere opportuna una profonda revisione delle finalità associate all'incentivo di cui al comma 5 dell'art. 92 del Codice e alle connesse modalità di utilizzo dei dipendenti da parte delle stazioni appaltanti e delle altre amministrazioni aggiudicatrici.

Come è noto il Codice continua a considerare prioritario che le prestazioni relative alla progettazione debbano essere svolte facendo ricorso agli uffici tecnici interni alle stazioni appaltanti. Al fine di rendere più agevole il ricorso delle amministrazioni pubbliche ai propri dipendenti per lo svolgimento delle attività connesse alla progettazione dei lavori, il legislatore ha garantito a questi ultimi una remunerazione aggiuntiva rispetto alla normale retribuzione. Le modalità e le forme di erogazione dell'incentivo in favore dei pubblici dipendenti incaricati dell'esecuzione dell'attività di progettazione sono attualmente disciplinate dall'art. 92, 5° comma del D.Lgs. n. 163 del 12 aprile 2006².

² Il quale dispone: “*Una somma non superiore al due % dell'importo posto a base di gara di un'opera o di un lavoro, comprensiva anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione (...) è ripartita, per ogni singola opera o lavoro, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata e assunti in un regolamento adottato dall'amministrazione, tra il responsabile del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori. La percentuale effettiva, nel limite massimo del due %, è stabilita dal regolamento in rapporto all'entità e alla complessità dell'opera da realizzare. La ripartizione tiene conto delle responsabilità professionali connesse alle specifiche prestazioni da svolgere (...)*”.

Grazie alla “priorità” riconosciuta dal legislatore e agli incentivi devoluti ai dipendenti, la progettazione interna dei lavori pubblici continua a costituire una componente fondamentale del mercato dei servizi di ingegneria nel nostro paese.

Secondo i dati dell’Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, **nel 2006 la quota di incarichi di progettazione svolta all’interno degli uffici tecnici delle amministrazioni pubbliche è stata pari al 28%; nel 2007 essa risulta salita al 38,2%**, mentre è diminuita quella degli affidamenti esterni (attestatasi al 42,9% contro il 58,2% del 2006).

Secondo un’indagine svolta dal Centro studi del Consiglio nazionale degli ingegneri³, **nel 2006 gli uffici tecnici interni alla pubblica amministrazione hanno pesato sul mercato dei servizi di ingegneria per una quota pari al 7,6%**, sottraendo alla competizione degli operatori nel mercato (liberi professionisti, studi associati e società di ingegneria) incarichi per un ammontare pari a **1.539 milioni di euro**.

Secondo un’altra indagine realizzata dal Centro studi del Consiglio nazionale degli ingegneri⁴ si può stimare che **nel 2006, ai dipendenti delle amministrazioni impegnati nello svolgimento di attività relative alla progettazione di opere pubbliche, sia stata distribuita in forma di incentivo una somma oscillante tra i 100 ed i 120 milioni di euro. Nel 2007 tale ammontare è cresciuto sensibilmente, attestandosi tra i 120 e i 164 milioni di euro**.

L’esigenza di ritenere prioritario l’affidamento delle attività di progettazione agli uffici interni della pubblica amministrazione pubblica sembra non avere più regione d’essere. Lo stesso legislatore ha già provveduto a regolamentare ed a rafforzare modalità di appalto che prevedono l’affidamento congiunto di attività di esecuzione e progettazione a soggetti esterni (appalto integrato, project finance, dialogo tecnico etc.).

³ Centro studi CNI, *Il mercato dei servizi di ingegneria. Anno 2006*, n. 101/2008.

⁴ Centro studi CNI, *Gli incentivi alla progettazione interna dei lavori pubblici*, n. 97/2007.

D'altronde, lo svolgimento delle attività di progettazione all'interno della pubblica amministrazione non sembra garantire gli stessi livelli qualitativi e la stessa affidabilità di quelle svolte da professionisti esterni: i livelli di qualificazione richiesti ai dipendenti pubblici che svolgono attività di progettazione sono inferiori a quelli richiesti ai professionisti esterni⁵; gli elaborati progettuali prodotti dagli uffici tecnici interni alla pubblica amministrazione non sono verificati da un soggetto "terzo" ma dallo stesso ufficio tecnico che li predispone o "da altro soggetto autorizzato"⁶.

Gli uffici tecnici interni alla stazione appaltante e alle altre amministrazioni aggiudicatrici devono quindi prioritariamente ed esclusivamente essere impegnati nell'attività di programmazione delle opere pubbliche (attualmente del tutto inesistente) e di gestione e controllo sul regolare andamento del procedimento amministrativo di realizzazione dei lavori; da quest'ultimo discende attualmente quasi tutto il contenzioso che ostacola il regolare e celere processo di realizzazione dei lavori pubblici nel nostro paese. **Gli uffici tecnici dovrebbero, inoltre, essere maggiormente impegnati nell'accelerare le laboriose e complesse procedure autorizzative (VIA, VAS, Conferenze di servizi, Nulla osta ambientali vari, ecc.) che precedono l'approvazione dei progetti; procedure che costituiscono, non per questioni di merito ma perché burocraticamente farraginose, la principale causa dell'allungamento spropositato del processo realizzativo delle opere pubbliche in Italia.**

Allo stesso modo, l'incentivo di cui al comma 5 dell'art. 92 del Codice, che come si è visto ammonta a somme considerevoli ogni anno, dovrebbe essere utilizzato esclusivamente per premiare l'efficienza nello svolgimento delle suddette mansioni da parte dei dipendenti delle stazioni appaltanti e delle altre amministrazioni

⁵ Art. 90, comma 4, D.Lgs. 163/2006.

⁶ Art. 112, comma 5, lettera b, D.Lgs. 163/2006.

aggiudicatrici.

1. Sulle modifiche previste dall'articolo 1 dello Schema di decreto

1.1. Modifiche di cui all'articolo 1, comma 1, lettere f e v.1

La modifica di cui all'art. 1, comma 1, lettera *f* interviene sul complesso istituto della realizzazione diretta, da parte dell'appaltatore, delle opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri di urbanizzazione.

Come è noto l'art. 32 del Codice individua le fattispecie in presenza delle quali è necessario ricorrere alla procedura di evidenza pubblica; fra queste viene inserita anche la realizzazione delle opere di urbanizzazione d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria a scomputo (totale o parziale) degli oneri connessi al permesso di costruire. Per dette opere il Codice prevede una gara orientata al modello del *project financing* (di cui all'art. 153 del Codice) facendo salvo, nella versione in vigore, il diritto di prelazione del promotore.

La norma è stata oggetto di censure da parte della Commissione (diffida 2007/2309 del 30 gennaio 2008) per due ordini di ragioni; il mantenimento del diritto di prelazione in favore del promotore e il fatto che quest'ultimo potesse essere esclusivamente il titolare del permesso di costruire.

Le modifiche introdotte dallo schema di decreto risolvono le questioni sollevate dalla Commissione, uniformando la procedura a quella di cui all'art. 153 del Codice, a sua volta riformata.

Irrisolta resta la questione di maggiore problematicità, alla quale la Commissione aveva fatto solo cenno. Essa attiene al fatto che la realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri si configura, fisiologicamente, come appalto di lavori più che come concessione di lavori pubblici in quanto tali opere, nella maggior parte dei casi, non possono essere gestite economicamente. La differenza

non è di poco conto, ove si consideri che le regole dell'evidenza pubblica sono molto più stringenti per gli appalti che non per le concessioni.

La questione è, peraltro, recentemente venuta alla ribalta nel parere del Consiglio di Stato n. 2357/08 del 14 luglio 2008, ove l'Adunanza, recependo le censure della Conferenza Unificata Stato – Regioni, rileva come *“non sembri corretto il riferimento alla figura del promotore, in quanto la fattispecie non riguarda il contratto di concessione di lavori. Anzi le opere di urbanizzazione sono interamente finanziate mediante gli oneri di concessione non corrisposte dal titolare del permesso di costruire, e quindi in sostanza con risorse pubbliche.*

Sicché il richiamo all'art. 153 del Codice non appare pertinente. Quindi l'indizione della gara da parte dell'amministrazione deve avvenire con le modalità previste dall'art. 55 del Codice medesimo. Inoltre sembra maggiormente aderente allo spirito della normativa comunitaria e alla logica di questo istituto il ricorso all'appalto di progettazione ed esecuzione”.

Le considerazioni del Consiglio di Stato trovano sicuramente una conferma nell'attuazione pratica della norma. L'esperienza mostra, difatti, che una delle principali difficoltà nell'implementazione del *project financing* sia costituita dall'individuazione di un'opera “gestibile” economicamente. Tuttavia, l'esclusione del ricorso alla procedura del *project financing*, tanto più se modificata, per questa tipologia di opere sembra rappresentare un eccesso opposto. Difatti, deve rilevarsi che, anche se non è possibile avere un ritorno economico da un'opera, può essere possibile averne uno dalla gestione di servizi pubblici ad essa connessi. Tale ipotesi è supportata normativamente dall'art. 156 del Codice (anche nella versione modificata) il quale dispone che: *“1. Il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità...”*, lì dove per nuovo servizio di pubblica utilità deve intendersi la realizzazione dell'infrastruttura cui è collegato il nuovo servizio di pubblica utilità.

Le restrizioni palesemente dal Consiglio di Stato non appaiono, quindi, condivisibili.

L'art. 32, lett. g del Codice, all'esito delle modifiche apportate dallo schema di decreto, recerebbe il seguente testo: "lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dell'articolo 28, comma 5 della legge 17 agosto 1942, n. 1150. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, il titolare del permesso di costruire presenti all'amministrazione medesima, entro novanta giorni dal rilascio del permesso di costruire, **uno studio di fattibilità** relativo alle opere da eseguire. L'amministrazione, sulla base dello studio di fattibilità presentato dal titolare del permesso di costruire, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 153".

Sotto il profilo procedurale, dunque, il privato non ha più l'obbligo di presentare una proposta ma semplicemente uno **studio di fattibilità**, sulla base del quale verrà indetta una gara con le modalità di cui all'art. 153 riformulato (su cui *infra*).

Visto, quindi, il sempre più frequente ricorso alla nozione di "studio di fattibilità", sembra necessario addivenire ad una puntuale definizione dei suoi contenuti, così come ci si è premurati di specificare nel Codice i contenuti del progetto preliminare, di quello definitivo e di quello esecutivo.

Per ragioni sistematiche devono, adesso, essere esaminate le modifiche apportate all'art. 122, 8° comma, del Codice che disciplina l'ipotesi della realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria a scomputo **sotto soglia**, direttamente da parte del titolare del permesso di costruire. Lo schema del decreto elimina dal testo della norma il riferimento all'art. 16, 2° comma, del DPR n. 380/2001, conformando la norma al precetto dettato dalla Corte di Giustizia, la quale ha imposto l'espletamento della procedura di evidenza pubblica anche

per gli appalti di lavori d'importo inferiore alla soglia comunitaria, ove essi siano di rilevanza transnazionale. All'esito dell'accoglimento delle modifiche, l'art. 122, 8° comma del Codice dovrebbe recare la seguente disposizione normativa: *“Le disposizioni di cui all'art. 32, comma 1, lettera g) non si applicano alle opere di urbanizzazione primaria di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b) e all'articolo 4, comma 1, della legge 29 settembre 1964, n. 847, correlate all'intervento edilizio assentito, comprensivo dell'ipotesi in cui le opere siano funzionalmente connesse al suddetto intervento edilizio. Prima dell'avvio dell'esecuzione delle opere, gli uffici tecnici delle amministrazioni locali interessate trasmettono alle competenti Procure regionali della Corte dei conti gli atti adottati e tutta la documentazione relativamente agli interventi edilizi da realizzare a scomputo degli oneri di urbanizzazione, ai sensi del presente comma”*.

Una coerente interpretazione della norma dovrebbe condurre a ritenere che, anche per le opere di urbanizzazione primaria **sotto soglia**, una volta eliminato il riferimento all'art. 16 DPR 380/2001, non sia più possibile la realizzazione diretta da parte del titolare del permesso di costruire (per le opere di urbanizzazione secondarie, questo era già acclarato). Peraltro, a dette opere, non si applicherebbe la disposizione di cui all'art. 32, lett. g, del Codice la quale, come visto, riguarda tutte le opere di urbanizzazione sopra soglia. Per la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria non si potrebbe applicare, dunque, la procedura di cui all'art. 153 del Codice (il *project financing*); tale disposizione appare ridondante alla luce del testo riformulato dell'art. 122, 8° comma del Codice.

Difatti, una esclusione dell'applicazione dell'art. 32 del Codice (che impone la gara) poteva avere senso nella versione originaria dell'art. 122, 8° comma che, come detto, per le opere di urbanizzazione **primaria** (e non secondaria) escludeva la necessità del ricorso alla gara. Oggi che, come visto, è escluso il riferimento all'art. 16 del DPR 380/2001 (e dunque la possibilità della realizzazione diretta a scomputo), non si comprende per quale ragione debba essere esclusa, anche per tali opere, la possibilità di fare ricorso alla

procedura di cui all'art. 153 del Codice.

1.2. Modifiche di cui all'articolo 1 comma 1, lettere y, z, aa

La modifica di maggior consistenza dello schema di decreto in esame riguarda la riorganizzazione della procedura del *project financing*, di cui all'articolo 153 del Codice, della quale, da tempo, gli operatori del settore avvertivano l'esigenza.

La riforma prevede, in sintesi:

- l'indizione della procedura sulla base di uno **studio di fattibilità**;
- la necessità che la procedura di aggiudicazione sia indetta mediante un **bando di gara**, a sua volta preceduto dalla pubblicazione **di un avviso** contenente l'indicazione che nella programmazione approvata sono presenti interventi realizzabili con capitale privato;
- la pubblicazione del bando sulla **G.U.C.E.**, ove l'intervento sia d'importo superiore alla soglia comunitaria;
- l'indicazione nel bando dei criteri di valutazione delle offerte;
- lo svolgimento della gara in un'unica fase;
- la scelta come promotore del miglior offerente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del Codice;
- l'approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore (eventualmente modificato su richiesta della stazione appaltante);
- la stipula della concessione – contratto con il promotore, ove non siano necessarie modifiche oppure, ove le modifiche imposte dalla stazione appaltante siano state accettate. La stipula del contratto potrà avvenire solo una volta che sia stato approvato il progetto preliminare;

- nel caso in cui siano necessarie modifiche al progetto del promotore e queste ultime non siano accettate, l'amministrazione potrà negoziare la redazione della progettazione con i concorrenti utilmente collocati in graduatoria.

La riforma, quindi, si muove sostanzialmente nell'ottica della semplificazione delle procedure e della garanzia di parità di trattamento; in quanto tale essa è condivisibile.

Tuttavia, anche per questo istituto si ricorre alla nozione di "studio di fattibilità", i cui contenuti mancano, ancora, di puntuale definizione.

Lascia, inoltre, perplessi la disposizione di cui all'art. 153, comma 17 previsto dallo schema di decreto, nella parte in cui limita la possibilità di presentare le proposte esclusivamente ai soggetti di cui all'art. 90, comma 2, lett. b) del Codice (ossia le sole società di ingegneria), escludendo i liberi professionisti.

2. Sulle modifiche previste dall'articolo 2 dello Schema di decreto

2.1. Modifiche di cui all'articolo 2, comma 1, lettera m

All'esito delle modifiche di cui all'articolo 2, comma 1, lettera *m.1*, il 1° comma dell'art. 91 del Codice recita⁷: “*Per l'affidamento di incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e **di collaudo nel rispetto di quanto previsto dall'art. 141, comma 4, di importo pari o superiore a 100.000 euro si applicano le disposizioni di cui alla parte II, titolo I e titolo II del codice, ovvero, per i soggetti operanti nei settori di cui alla parte III, le disposizioni ivi previste***”.

La norma inserisce, **opportunamente**, fra gli incarichi tecnici anche quelli relativi al collaudo, immotivatamente esclusi in precedenza.

2.2. Modifiche di cui all'articolo 2, comma 1, lettera n

Di particolare rilevanza sono le modifiche determinate ai commi 2, 3, e 4 dell'art. 92 del Codice dall'articolo 2, comma 1, lettere *n.2, n.3 e n.4*.

A seguito delle suddette modifiche, l'art. 92, 2° comma del Codice presenta la seguente formulazione: “Il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture, determina, con proprio decreto, le tabelle dei corrispettivi delle attività che possono essere espletate dai soggetti di cui al comma 1 dell'articolo 90, tenendo conto delle tariffe previste per le categorie professionali interessate. I corrispettivi di cui al successivo comma 3 possono essere utilizzati

⁷ In grassetto le modifiche apportate dallo schema di decreto.

dalle stazioni appaltanti, **ove motivatamente ritenuti adeguati**, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dell'importo da porre a base dell'affidamento”.

Il comma 3° dell'art. 92 è così riformulato: “I corrispettivi delle attività di progettazione sono calcolati, applicando le aliquote che il decreto di cui al comma 2 stabilisce, ripartendo in tre aliquote percentuali la somma delle aliquote attualmente fissate, per i livelli di progettazione, dalle tariffe in vigore per i medesimi livelli (.....)”.

Infine è abrogato il 4° comma dell'art. 92 che oggi dispone: “I corrispettivi sono determinati ai sensi del comma 3, fatto salvo quanto previsto dal comma 12-bis dell'articolo 4 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155”.

Il combinato disposto delle modifiche previste ai punti *n. 2, n. 3 e n. 4* determina il fatto che le stazioni appaltanti non siano più obbligate a stabilire gli importi da porre a base per l'affidamento degli incarichi di progettazione utilizzando come riferimento i corrispettivi di cui al 2° comma del novellato art. 92 del Codice; il ricorso a tali corrispettivi, per la determinazione degli importi da porre a base d'asta, sarà possibile soltanto se essi saranno **“motivatamente ritenuti adeguati”** dalla stessa stazione appaltante.

Si sancisce quindi, di fatto, **l'inutilità dei corrispettivi** di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 92, in quanto non più vincolanti come “minimi” tariffari e, se le modifiche ipotizzate dallo Schema di decreto verranno approvate, nemmeno più necessari per la definizione degli importi da porre a base d'asta negli affidamenti di progettazione.

Se per i lavori pubblici (a corpo o a misura) la base d'asta è determinata facendo riferimento a prezzi regionali, è paradossale che lo Schema di decreto, nel caso delle prestazioni d'ingegneria, rimetta la definizione dell'importo posto a gara all'apprezzamento totalmente discrezionale della pubblica amministrazione.

Si ritiene, pertanto, necessario cassare le modifiche proposte

dalle lettere n. 2, n. 3 e n. 4 dell'articolo 2 comma 1 dello Schema di decreto e confermare l'obbligo per la stazioni appaltanti di fare riferimento ai corrispettivi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 92 per la determinazione degli importi da porre a base d'asta per gli affidamenti di progettazione.

Le modifiche di cui alle lettere *n.5* e *n.6*, infine, determinano **un ampliamento degli oneri a carico delle amministrazioni pubbliche** (in contraddizione con quanto previsto dall'art. 3 dello stesso Schema di decreto) connessi all'utilizzo dei propri dipendenti per lo svolgimento di specifici compiti, i cui compensi sono attualmente regolati dal comma 5 dell'art. 92 del Codice. In particolare, si fa riferimento a quanto previsto da:

- **l'art. 2, comma 1, lettera n. 5** dello schema di decreto (afferre al 5° comma dell'art. 92 del Codice) il quale prevede l'inserimento, accanto al termine "*collaudo*" dell'inciso "*tecnico-amministrativo*". Ciò determinerebbe l'esclusione, dall'incentivo di cui comma 5 dell'art. 92 del Codice, del compenso per l'attività di collaudo "*statico*" svolta dal dipendente pubblico, che, quindi, dovrebbe essere compensata con risorse e oneri aggiuntivi per l'amministrazione. Su questo punto si condividono appieno le considerazioni espresse dal Consiglio di Stato nel parere 2357/08;
- **l'art. 2, comma 1, lettera n. 6** dello schema di decreto prevede l'inserimento del comma 7 *bis* all'art. 92 del Codice. Tale comma dispone l'inserimento nel quadro economico di ciascun intervento "*l'assicurazione dei dipendenti*" nonché le non meglio definite (e pertanto assolutamente generiche), "*spese di funzionamento delle amministrazioni aggiudicatrici sostenute in relazione all'intervento*": da qui anche l'ipotesi di modifica della denominazione della rubrica dell'art. 92 del Codice (art. 2, comma 1, lettera n.1 dello schema di decreto), con l'aggiunta dell'altrettanto generico inciso "*e fondi a disposizione delle stazioni appaltanti*".

La genericità delle disposizioni rendono necessaria la loro

abrogazione.

In particolare, la modifica fa riferimento alla assicurazione “*dei dipendenti*”, lasciando intendere che sia possibile anche per quelli svolgenti prestazioni amministrativo-contabili (e quindi non tecniche, connesse alla progettazione ed alla verifica del progetto, come si vedrà successivamente) usufruire, interamente a carico dell’amministrazione pubblica, di tale copertura. Per questo aspetto la disposizione di cui alla lettera *n. 6* dello schema di decreto contraddice i principi da tempo affermati dalla giurisprudenza contabile, secondo la quale: “*La stipula di contratti per la copertura assicurativa per la responsabilità amministrativo-contabile, con oneri a carico dell'ente locale ed in definitiva della collettività, non è legittima, atteso che appare del tutto in contrasto con l'ordinamento l'assunzione, da parte di un ente pubblico, dell'onere della tutela assicurativa dei propri amministratori o dipendenti con riferimento alla responsabilità amministrativa per danno erariale, per contrarietà di tale assunzione di spesa al principio di responsabilità personale cui all'art. 28, Cost., tenendo anche conto della peculiare natura di tale forma di responsabilità in relazione alla sua funzione di deterrenza verso dipendenti ed amministratori, che ne costituisce contenuto essenziale accanto a quello risarcitorio. Sussiste la colpa grave tenuto conto che nessuna norma né clausola contrattuale collettiva consentiva, nella fattispecie, di affermare che una simile copertura dovesse o, più semplicemente, potesse restare a carico dell'erario. Si consideri pure che, sotto il profilo obiettivo e civilistico, per i contratti con i quali l'ente locale abbia assicurato i propri dirigenti e funzionari dei rischi conseguenti a responsabilità amministrativo-contabile, la cui disciplina rientra nelle materie di contrattazione collettiva, il divieto di stipulazione è stato introdotto chiaramente dall'art. 43, C.C.N.L. del 14 settembre 2000 del comparto enti locali, tenuto pure conto del fatto che non appare invocabile alcuna "obiettivo difficoltà interpretativa" visto che la giurisprudenza della Corte dei conti aveva affermato già nel 1991, nella nota sentenza n. 707/A del 5 aprile 1991 delle Sezioni Riunite, che "la copertura assicurativa, implicando una spesa pubblica, deve corrispondere adeguatamente allo scopo di salvaguardare soltanto la responsabilità civile incombente sulla*

*struttura organizzativa pubblica, riguardata come mandante, con esclusione, cioè, di qualsiasi aggravio che deriva dall'assicurare anche altre evenienze dannose, le quali, non connesse all'espletamento del mandato, debbono restare a carico delle persone fisiche degli amministratori"*⁸.

2.3. Modifiche di cui all'articolo 2, comma 1, lettera o

L'articolo 2, comma 1, lettera *o.1* dello schema di decreto prevede l'inserimento di un altro comma (il 4 *bis*) all'art. 112 che pone l'obbligo del verificatore dipendente di munirsi di un'apposita polizza di responsabilità civile i costi della quale dovranno essere, per intero, a carico della pubblica amministrazione.

In particolare la nuova norma dispone che: "Il soggetto incaricato dell'attività di verifica deve essere munito, dalla data di accettazione dell'incarico, di una polizza di responsabilità civile professionale, estesa al danno all'opera, dovuta ad errori od omissioni nello svolgimento dell'attività di verifica, avente le caratteristiche indicate nel regolamento. Il premio relativo a tale copertura assicurativa, per i soggetti interni alla stazione appaltante, è a carico per intero dell'amministrazione di appartenenza, che vi deve obbligatoriamente provvedere entro la data di validazione del progetto; il premio è a carico del soggetto affidatario, qualora questi sia soggetto esterno".

Il Consiglio di Stato ha contestato detta previsione normativa nella parte in cui essa pone a carico della pubblica amministrazione, per intero, i costi della polizza assicurativa del dipendente in quanto l'art. 90, 5° comma, del Codice rinvia al regolamento la determinazione di limiti e modalità di tale assunzione.

Tale interpretazione non appare condivisibile: la questione è stata già risolta in forza di uno specifico intervento legislativo. L'art.

⁸ Da ultimo, Corte dei Conti - Regione Siciliana - Sez. Giurisdizionale - Sentenza 8 maggio 2008, n. 1251.

145, comma 89, della Legge n. 388/2000, n. 388 ha, infatti, disposto che *“All'articolo 17, comma 3, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, dopo le parole: «il regolamento definisce i limiti e le modalità per la stipulazione», sono inserite le seguenti: «per intero»”*.

Resta, comunque, il fatto che tale disposizione contrasta con quanto affermato dallo stesso articolo 3 dello schema di decreto.

2.4. Modifiche di cui all'articolo 2, comma 1, lettere s e z

La modifica di cui alla lettera s inserisce all'art. 120 del Codice il comma 1 *bis* che disciplina l'attività di “collaudo” per i contratti pubblici aventi ad oggetto servizi e/o forniture. Ai sensi di detta norma: *“Per i contratti relativi a servizi e forniture, l'affidamento dell'incarico di collaudo o di verifica di conformità, in quanto attività propria delle stazioni appaltanti, è conferito dalle stesse all'interno delle proprie strutture e a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici **con competenze relative all'oggetto contrattuale**, sulla base di criteri da fissare preventivamente, nel rispetto dei principi di rotazione e trasparenza. Nell'ipotesi di carenza di organico all'interno della stazione appaltante di soggetti in possesso dei necessari requisiti, accertata e certificata dal responsabile del procedimento, ovvero di difficoltà a ricorrere a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici con competenze specifiche in materia, la stazione appaltante affida l'incarico di collaudatore ovvero di presidente o componente della commissione collaudatrice a soggetti esterni scelti secondo le procedure e con le modalità previste per l'affidamento dei servizi”*.

La norma presenta un testo analogo a quella introdotta, attraverso la modifica di cui alla lettera z, al 4° comma dell'art. 141 per il **collaudo in materia di appalti di lavori pubblici**. La novella dispone che: *“L'incarico di collaudo, in quanto attività propria delle stazioni appaltanti, è conferito dalle stesse all'interno delle proprie strutture e a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici **con competenze in materia di lavori pubblici**, sulla base di criteri da*

fissare preventivamente, nel rispetto dei principi di rotazione e trasparenza. Nell'ipotesi di carenza di organico all'interno della stazione appaltante di soggetti in possesso dei necessari requisiti, accertata e certificata dal responsabile del procedimento, ovvero di difficoltà a ricorrere a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici con competenze in materia di lavori pubblici, la stazione appaltante affida l'incarico di collaudatore ovvero di presidente o componente della commissione collaudatrice a soggetti esterni scelti ai sensi dell'articolo 91 . Nel caso di interventi finanziati da più amministrazioni aggiudicatrici, la stazione appaltante fa ricorso prioritariamente a dipendenti appartenenti a dette amministrazioni aggiudicatrici sulla base di specifiche intese che disciplinano i rapporti tra le stesse".

Così come formulati i due incisi renderebbero possibile l'affidamento delle importanti attività di collaudo a dipendenti privi di idonea formazione tecnica, documentata capacità ed esperienza. Né potrebbe mai colmare la lacuna in questione il riferimento, operato dalle medesime disposizioni, ai criteri da fissare preventivamente, nel rispetto dei principi di rotazione e trasparenza, in quanto essi afferiscono alla sola attribuzione degli incarichi e non anche alla verifica del possesso delle idonee competenze e conoscenze in capo ai dipendenti.

Resta, dunque, preferibile l'attuale formulazione dell'articolo 141, comma 4 del Codice attinente al collaudo di lavori che richiede (sia per i collaudatori interni la pubblica amministrazione che per quelli esterni) il possesso di **“elevata e specifica qualificazione, con riferimento al tipo di lavori, alla loro complessità ed all'importo degli stessi”**. Tale dicitura dovrebbe essere utilizzata anche per definire i requisiti necessari allo svolgimento delle attività di collaudo di servizi e forniture, sia per i dipendenti pubblici che per i professionisti esterni.

2.5. *Modifiche di cui all'articolo 2, comma 1, lettera gg*

La modifica introduce all'art. 203 del Codice il comma 3 bis ai sensi del quale: *“Per ogni intervento, il responsabile del procedimento, nella fase di progettazione preliminare, stabilisce il successivo livello progettuale da porre a base di gara e valuta motivatamente, esclusivamente sulla base della natura e delle caratteristiche del bene e dell'intervento conservativo, la possibilità di ridurre i livelli di definizione progettuale ed i relativi contenuti dei vari livelli progettuali, salvaguardandone la qualità”*.

Due sono le innovazioni rispetto alla normativa previgente: la prima relativa alla possibilità del responsabile del procedimento di determinare liberamente il livello progettuale da porre a base di gara (la vigente formulazione dell'art 203 impone *“di regola”* di utilizzare il progetto definitivo); l'altra attiene all'ampia discrezionalità assegnata allo stesso responsabile del procedimento nell'individuare i livelli progettuali necessari all'intervento, nonché i loro specifici contenuti.

In sintesi, la modifica amplifica notevolmente i poteri del responsabile del procedimento rispetto alla situazione vigente; in particolare desta perplessità la possibilità di consentire, eventualmente, l'omissione anche del livello progettuale definitivo, consentendo l'affidamento dei lavori sulla base di un livello progettuale preliminare, per propria natura eccessivamente generico.

3. Le modifiche e le integrazioni necessarie alla disciplina dei lavori pubblici

3.1. *Ripristinare il limite al ribasso per l'aggiudicazione degli affidamenti di progettazione*

La libera ribassabilità dei “minimi” tariffari non soltanto sta determinando il manifestarsi di ribassi del tutto anomali nelle aggiudicazione delle gare di progettazione ma risulta, di fatto, inutile per contenere il costo della realizzazione delle opere pubbliche.

Secondo un monitoraggio svolto dal Centro studi del Consiglio nazionale degli ingegneri, nelle 196 gare di progettazione aggiudicate nel primo semestre 2008 (per un complessivo valore delle opere pari a circa 4 miliardi di euro ed un importo dei servizi di progettazione posto a base di gara pari a circa 200 milioni di euro) l'importo medio di aggiudicazione è di poco inferiore a 430mila euro, **con un ribasso medio pari al 31,3%**. Peraltro, si sono registrate aggiudicazioni con ribassi **dell'ordine del 40 e 50%, e un ribasso massimo pari al 66%**.

Ribassi medi dell'ordine del 30% si registrano anche per gli incarichi di coordinatore della sicurezza in fase di progettazione, che come tutte le prestazioni attinenti la sicurezza dovrebbero essere escluse dal ribasso in fase di aggiudicazione.

I “risparmi” per le stazioni appaltanti determinati dall'abolizione dei minimi tariffari possono stimarsi **in circa 60 milioni di euro nei primi 6 mesi del 2008**. Si tratta di circa **20-25 milioni in più** di quanto si sarebbe ottenuto mantenendo la possibilità di apportare una riduzione fino ad un massimo del 20% rispetto ai corrispettivi del comma 2 dell'articolo 92, così come sancito dal comma 12-bis dell'articolo 4 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155.

I risparmi “aggiuntivi” ottenuti attraverso la libera ribassabilità dei compensi di progettazione, rappresentano appena **lo 0,5% del costo delle opere** alle quali i servizi di progettazione oggetto di ribasso si riferiscono.

Per altro pare evidente che, con ribassi dell’ordine del 40 e 50%, diventa più probabile l’insorgere di problemi in fase di esecuzione, con necessità di apportare varianti in corso d’opera e la conseguente lievitazione dei costi di realizzazione delle opere che, certamente, sopravvanzeranno i “risparmi” ottenuti dalle amministrazioni pubbliche attraverso la libera ribassabilità dei compensi per gli incarichi di progettazione.

Il nostro paese, d’altronde, ha già sperimentato⁹, in particolare dal 1977 al 1989, la liberalizzazione dei compensi per gli incarichi di progettazione nel settore dei lavori pubblici; liberalizzazione risultata fallimentare ed antieconomica, cui si è posto fine proprio con il comma 12-bis dell’articolo 4 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155 che ha posto un limite massimo ai ribassi praticabili rispetto alle tariffe professionali nell’ambito degli affidamenti pubblici.

Si richiede, pertanto, la reintroduzione del limite alla ribassabilità dei suddetti corrispettivi sancito dal comma 12-bis dell’articolo 4 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155.

⁹ L’art. 6 della Legge 1 luglio 1977, n. 404, seppur inserito in una legge concernente l’edilizia carceraria, fu inteso dalla giurisprudenza come disposizione ad efficacia generale (Cass. II, 8 ottobre 2004, n. 20039); esso ha interpretato autenticamente la Legge 5 maggio 1976, n. 340 e ha ristretto (per motivi di contenimento della spesa pubblica) “ai rapporti tra privati” la prevista inderogabilità delle determinazioni tariffarie. Di fatto dal 1977 sono stati liberalizzati i compensi di ingegneri e architetti per le prestazioni erogate alla pubblica amministrazione. Successivamente è intervenuto l’art. 4, comma 12 bis del D.L. 4 marzo 1989, n. 65, convertito in legge 26 aprile 1989, n. 155, che autorizzava, nell’ambito dei rapporti dei professionisti in questione a favore dello Stato e degli enti pubblici, e comunque per le opere finanziate dall’erario, la riduzione degli importi tariffari nei limiti massimi del 20%.

3.2. Privilegiare l'affidamento esterno degli incarichi di progettazione

Come è noto il Codice continua a considerare prioritario che le prestazioni relative alla progettazione debbano essere svolte facendo ricorso agli uffici tecnici interni alle stazioni appaltanti. Al fine di rendere più agevole il ricorso delle amministrazioni pubbliche ai propri dipendenti per lo svolgimento delle attività connesse alla progettazione dei lavori, il legislatore ha garantito a questi ultimi una remunerazione aggiuntiva rispetto alla normale retribuzione. Le modalità e le forme di erogazione dell'incentivo in favore dei pubblici dipendenti incaricati dell'esecuzione dell'attività di progettazione sono attualmente disciplinate dall'art. 92, 5° comma del D.Lgs. n. 163 del 12 aprile 2006¹⁰.

Grazie alla “priorità” riconosciuta dal legislatore e agli incentivi devoluti ai dipendenti, la progettazione interna dei lavori pubblici continua a costituire una componente fondamentale del mercato dei servizi di ingegneria nel nostro paese.

Secondo i dati dell'Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nel 2006 la quota di incarichi di progettazione svolta all'interno degli uffici tecnici delle amministrazioni pubbliche è stata pari al 28%; nel 2007 essa risulta salita al 38,2% mentre è diminuita quella degli affidamenti esterni (attestatasi al 42,9% contro il 58,2% del 2006).

Secondo un'indagine svolta dal Centro studi del Consiglio

¹⁰ Il quale dispone: “Una somma non superiore al due % dell'importo posto a base di gara di un'opera o di un lavoro, comprensiva anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione (...) è ripartita, per ogni singola opera o lavoro, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata e assunti in un regolamento adottato dall'amministrazione, tra il responsabile del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori. La percentuale effettiva, nel limite massimo del due %, è stabilita dal regolamento in rapporto all'entità e alla complessità dell'opera da realizzare. La ripartizione tiene conto delle responsabilità professionali connesse alle specifiche prestazioni da svolgere (...)”.

nazionale degli ingegneri¹¹, nel 2006 gli uffici tecnici interni alla pubblica amministrazione hanno pesato sul mercato dei servizi di ingegneria per una quota pari al 7,6%, sottraendo alla competizione degli operatori nel mercato (liberi professionisti, studi associati e società di ingegneria) incarichi per un ammontare pari a 1.539 milioni di euro.

Secondo un'altra indagine realizzata dal Centro studi del Consiglio nazionale degli ingegneri¹² si può stimare che nel 2006, ai dipendenti delle amministrazioni impegnati nello svolgimento di attività relative alla progettazione di opere pubbliche, sia stata distribuita in forma di incentivo una somma oscillante tra i 100 ed i 120 milioni di euro. Nel 2007 tale ammontare è cresciuto sensibilmente, attestandosi tra i 120 e i 164 milioni di euro.

L'esigenza di ritenere prioritario l'affidamento delle attività di progettazione agli uffici interni della pubblica amministrazione pubblica sembra non avere più regione d'essere. Lo stesso legislatore ha già provveduto a regolamentare ed a rafforzare modalità di appalto che prevedono l'affidamento congiunto di attività di esecuzione e progettazione a soggetti esterni (appalto integrato, project finance, dialogo tecnico etc.).

D'altronde, lo svolgimento delle attività di progettazione all'interno della pubblica amministrazione non sembra garantire gli stessi livelli qualitativi e la stessa affidabilità di quelle svolte da professionisti esterni: i livelli di qualificazione richiesti ai dipendenti pubblici che svolgono attività di progettazione sono inferiori a quelli richiesti ai professionisti esterni¹³; gli elaborati progettuali prodotti dagli uffici tecnici interni alla pubblica amministrazione non sono verificati da un soggetto "terzo" ma dallo stesso ufficio tecnico che li predispone o "*da altro soggetto autorizzato*"¹⁴.

¹¹ Centro studi CNI, *Il mercato dei servizi di ingegneria. Anno 2006*, n. 101/2008.

¹² Centro studi CNI, *Gli incentivi alla progettazione interna dei lavori pubblici*, n. 97/2007.

¹³ Art. 90, comma 4, D.Lgs. 163/2006.

¹⁴ Art. 112, comma 5, lettera b, D.Lgs. 163/2006.

Gli uffici tecnici interni alla stazione appaltante e alle altre amministrazioni aggiudicatrici devono quindi prioritariamente ed esclusivamente essere impegnati nell'attività di programmazione delle opere pubbliche (attualmente del tutto inesistente) e di gestione e controllo sul regolare andamento del procedimento amministrativo di realizzazione dei lavori; da quest'ultimo discende attualmente quasi tutto il contenzioso che ostacola il regolare e celere processo di realizzazione dei lavori pubblici nel nostro paese.

Gli uffici tecnici dovrebbero, inoltre, essere maggiormente impegnati nell'accelerare le laboriose e complesse procedure autorizzative (VIA, VAS, Conferenze di servizi, Nulla osta ambientali vari, ecc.) che precedono l'approvazione dei progetti; procedure che costituiscono, non per questioni di merito ma perché burocraticamente farraginose, la principale causa dell'allungamento spropositato del processo realizzativo delle opere pubbliche in Italia.

Allo stesso modo, l'incentivo di cui al comma 5 dell'art. 92 del Codice, che come si è visto ammonta a somme considerevoli ogni anno, dovrebbe essere utilizzato esclusivamente per premiare l'efficienza nello svolgimento delle suddette mansioni da parte dei dipendenti delle stazioni appaltanti e delle altre amministrazioni aggiudicatrici.

3.3. Obbligo di utilizzare il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa per l'aggiudicazione dei bandi di progettazione

L'art. 81 del D.L.vo n. 163/2006 individua i “*criteri di aggiudicazione*” ossia i criteri che la stazione appaltante può utilizzare per scegliere, all'esito di una specifica procedura, l'appaltatore ovvero il concessionario chiamato ad eseguire la prestazione. Essi sono: *il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa*.

Assume particolare rilievo il 2° comma dell'art. 81 del Codice secondo cui: “Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche

dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta". Tale previsione normativa concede una discrezionalità alla stazione appaltante nella scelta del criterio di aggiudicazione da applicare, in conformità a quanto disposto dalla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 7 ottobre 2004 la quale si era pronunciata ritenendo illegittima la disposizione di cui all'art. 21 della Legge n. 109/1994 nella parte in cui, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponeva, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa trova il proprio ambito privilegiato di operatività nell'aggiudicazione di prestazioni complesse che impongano un'attenta valutazione delle soluzioni tecnico progettuali proposte. Anche in presenza di una previsione normativa che concede alle stazioni appaltanti libertà di scelta tra i due criteri di aggiudicazione, tale discrezionalità sembra dover essere vincolata alla attenta valutazione della complessità tecnologica e/o progettuale dell'intervento da aggiudicare, riservando il criterio del prezzo più basso esclusivamente agli interventi semplici e ordinari. Non è un caso che ogni qual volta la prestazione da eseguire sia caratterizzata da complessità, come nel caso del dialogo competitivo¹⁵, di scelta del concessionario per il *project financing* e del *general contractor*, l'unico criterio di aggiudicazione esperibile, secondo il Codice, sia proprio quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Attualmente una significativa quota di bandi di progettazione è aggiudicato con il criterio del prezzo più basso. E' dunque necessario l'intervento del legislatore che renda obbligatorio il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento degli incarichi di progettazione.

Inoltre, anche quando il criterio di aggiudicazione è quello

¹⁵ Che, come si ricorderà, è caratterizzato da una complessità tale dell'intervento da impedire alla pubblica amministrazione di individuare la soluzione progettuale.

dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti non sempre si uniformano alle indicazioni del Ministero delle Infrastrutture¹⁶ in base alle quali, sarebbe opportuno che “*gli elementi qualitativi di valutazione delle offerte rivestano complessivamente un "peso" maggioritario rispetto all'elemento "prezzo" e all'elemento "tempo"*”. Dei 288 bandi di progettazione (pubblicati nel periodo gennaio-giugno 2008) che utilizzano il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, 21 assegnano agli elementi “prezzo-tempo” un peso superiore a quello degli elementi tecnici, mentre in altri 25 bandi le due componenti (qualitativa e quantitativa) si equivalgono.

Anche in questo caso sembra necessario un intervento del legislatore che renda obbligatoria l'attribuzione di un peso maggioritario agli elementi qualitativi di valutazione delle offerte attinenti i bandi di progettazione.

3.4. Garantire la qualificazione dei progettisti negli appalti di progettazione ed esecuzione

Altro elemento critico concerne i **requisiti** richiesti ai progettisti nel caso di gare di progettazione ed esecuzione lavori. Sul punto, il Dlgs 163/06, all'art. 53 comma 3, prevede che “*quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ..., gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. Il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti, secondo quanto previsto dal capo IV del presente titolo (progettazione e concorsi di progettazione¹⁷)*”.

Le maggior parte delle stazioni appaltanti continua a disattendere il dettato normativo.

¹⁶ Circolare Ministero delle Infrastrutture n. 2473 del 16 novembre 2007, pubblicata sulla G.U. n. 271 del 21 novembre 2007.

¹⁷ Comma così modificato dall'art. 2, comma 1, lettera n, D.Lgs. n. 113 del 2007.

Il 62% dei 455 bandi pubblicati nel periodo gennaio-giugno 2008 in cui è richiesta anche la fase di esecuzione (282 bandi) ritiene sufficiente che gli operatori economici dispongano dell'attestazione SOA di progettazione ed esecuzione. In 209 di questi 282 bandi è consentito, in caso di mancato possesso da parte dell'operatore economico dell'attestato SOA valido per la progettazione, di coinvolgere un altro soggetto in possesso dei requisiti di progettazione. Il 24,4% dei bandi (111 bandi) richiede, al contrario, che oltre all'attestazione SOA, il progettista sia in possesso comunque dei requisiti di progettazione, mentre solo in 6 bandi (1,3%) tali requisiti sono richiesti a prescindere dal possesso o meno dell'attestazione di qualificazione SOA.

3.5. Ribadire il divieto di richiedere il deposito di cauzioni per l'affidamento degli incarichi di progettazione

Con la determinazione n. 6 dell'11 luglio 2007 l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha ribadito che *“la polizza per responsabilità civile disciplinata dall'art. 111 del D. Lgs. n. 163/2006 riveste carattere esclusivo nelle procedure per l'affidamento di incarichi di progettazione”* e dunque *“le stazioni appaltanti non possono richiedere ai progettisti garanzie aggiuntive o difformi da quelle previste e disciplinate dal predetto articolo 111 del medesimo decreto legislativo”*.

Nonostante l'acclarata palese illegittimità, le stazioni appaltanti continuano a richiedere ai progettisti il deposito della cauzione provvisoria (nella quasi totalità pari al 2% del prezzo base indicato nel bando) e della cauzione definitiva (pari al 10%); nel primo semestre del 2008 si sono rilevati **35** bandi, aventi ad oggetto esclusivamente servizi di ingegneria, comprendenti almeno una delle fasi di progettazione dell'opera, che richiedono ai progettisti il versamento sia della cauzione definitiva che di quella provvisoria, **34** bandi che richiedono solo la cauzione provvisoria e **12** bandi che richiedono solo la cauzione definitiva.

Si richiede, pertanto, di esplicitare il divieto per le stazioni

appaltanti di richiedere ai progettisti garanzie difformi da quelle previste e disciplinate nell'articolo 111 del Codice.