

Sezione Quarta

relativo procedimento, restando in ogni caso tale valutazione rimessa alla discrezionalità dei competenti organi e fermo restando che le integrazioni all'elenco annuale di *carattere sostanziale* devono in ogni caso adempiere alle misure di pubblicità previste dalla legge (affissione nella sede delle amministrazioni aggiudicatrici per almeno 60 giorni consecutivi, *ex* articolo 14, comma 2, della legge n. 109/94 e s.m.i. e successiva integrazione di comunicazione all'Osservatorio).

Occorre pertanto definire quali possano essere le integrazioni di carattere sostanziale tali da comportare la necessità di procedere alla loro pubblicità: si ritiene, a titolo esemplificativo, che non occorre riattivare il procedimento di programmazione nell'ipotesi di riduzione di opere pubbliche finanziate con mutui della Cassa depositi e prestiti a seguito di reperimento di fondi propri, trattandosi di mera variazione sul tipo di finanziamento non incidente sulla conformazione dell'intervento da eseguire. Altrettanto dica si nel caso di modifica dei finanziamenti relativi ad opere pubbliche già inserite nei suddetti piani annuali e triennali.

Non sembra invece corretto l'inserimento *ex novo* di altre opere, ancorché di modesto valore complessivo, senza riattivare la prescritta procedura e le relative misure di pubblicità, alla luce di quanto previsto dall'articolo 14, comma 9, della legge n. 109/94 e s.m.i., secondo cui l'elenco annuale predisposto dalle amministrazioni aggiudicatrici deve essere approvato unitamente al bilancio preventivo, di cui costituisce parte integrante, e deve contenere l'indicazione dei relativi mezzi finanziari. Un lavoro non inserito nell'elenco annuale può essere realizzato solo sulla base di un autonomo piano finanziario che non utilizzi risorse già previste tra i mezzi finanziari dell'amministrazione al momento della formazione dell'elenco, fatta eccezione per le risorse rese disponibili a seguito di ribassi d'asta o di economie.

2. Per quanto riguarda la seconda questione, le problematiche relative all'affidamento e al frazionamento degli incarichi di progettazione sono state già trattate dall'Autorità con le determinazioni n. 6/99, n. 8/99 e n. 18/01, cui si rinvia. Rimane ancora da analizzare la possibilità per un'amministrazione di affidare all'esterno solo una parte dei servizi.

Al riguardo si osserva che l'articolo 17 della legge n. 109/94 e s.m.i., a differenza del testo precedente (che faceva riferimento anche alle relative «parti») non dispone esplicitamente in merito.

Si osserva al riguardo che la possibilità di affidare all'esterno solo una parte dell'incarico non è intesa dalla normativa di cui alla legge quadro e relativo regolamento di attuazione nel senso di divieto di integrare il gruppo di progettazione interno con esperti esterni, quanto piuttosto nel senso di vietare l'affidamento della progettazione di strutture e impianti contemporaneamente a progettisti esterni ed interni.

Dal complesso delle disposizioni in materia si evince, tuttavia, il presupposto che la progettazione debba essere tendenzialmente unitaria; tale presupposto deriva dal costante riferimento, allorché si parla di progetto, al complesso unitario dello stesso in relazione anche all'insieme delle relative fasi progettuali.

Da ciò deriva che, in caso di frazionamento dell'incarico, deve essere data adeguata motivazione della scelta adottata.

Determinazioni

Poiché la progettazione esecutiva di un intervento è un unico progetto, composto da più progetti specifici — architettonico, delle strutture, degli impianti, della sicurezza e di manutenzione — l'amministrazione potrebbe ritenere conveniente affidare all'interno, ad esempio, la progettazione architettonica, considerata la presenza negli organici di professionalità adeguate e scegliere di affidare all'esterno le progettazioni delle strutture, degli impianti ecc., per la mancanza negli organici di professionalità specifiche, componendo il gruppo di progettazione con soggetti interni ed esterni, purché scelti a norma di legge e di regolamento.

L'affidamento degli incarichi a soggetti esterni deve in ogni caso rispettare il principio sancito dall'articolo 62, comma 10, del DPR n. 554/99, secondo cui «la progettazione di un intervento non può essere artificiosamente divisa in più parti al fine di eludere l'applicazione delle norme che disciplinano l'affidamento del servizio».

Per gli affidamenti degli incarichi all'esterno, pertanto, devono essere adottate le procedure previste per l'importo totale degli incarichi da affidare. Tenuto conto che i diversi aspetti tecnici che sono sempre coinvolti da ciascun progetto richiedono una visione unitaria, il legislatore, nel caso in cui il progetto preveda più prestazioni professionali specialistiche, ha prescritto (art. 17, co. 8, l. n. 109/94 e s.m.i.) che nell'offerta debba essere sempre indicata «la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche».

Analogamente a quanto previsto per la cosiddetta progettazione integrale [art. 2, co. 1, lett. i), DPR n. 554/1999], quindi, anche nella fattispecie in esame occorre individuare la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni.

Vale comunque ricordare che, come specificato nella determinazione n. 13/2000, il ricorso ad affidamenti collettivi di un unico incarico è possibile nella sola ipotesi che i professionisti abbiano dato vita ad un raggruppamento o ad una associazione anche temporanea.

Dalle considerazioni svolte segue che

1. gli adeguamenti al programma annuale che vengono progressivamente introdotti non necessitano di norme di misure di pubblicità o adempimenti tali da comportare un riavvio del relativo procedimento, restando in ogni caso tale valutazione rimessa alla discrezionalità dei competenti organi e fermo restando che le integrazioni all'elenco annuale di carattere sostanziale devono in ogni caso adempiere alle misure di pubblicità previste dalla legge;
2. è possibile affidare all'esterno una parte della progettazione, purché venga data adeguata motivazione della scelta adottata e la progettazione non sia artificiosamente divisa in più parti al fine di eludere l'applicazione delle norme che disciplinano l'affidamento del servizio (art. 62, c. 10, DPR n. 554/99) e, analogamente a quanto previsto per la cosiddetta progettazione integrale (art. 17, co. 8, l. n. 109/94 e s.m.i.), venga individuata la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni.

Relazione geologica
Necessità di previsione nella documentazione di progetto
ed indicazioni per la formulazione dei bandi di gara
di servizi di progettazione

Determinazione del 27 febbraio 2002

(G.U. n. 69 del 22 marzo 2002)

L'articolo 25 del DPR n. 554/99, fra i documenti componenti il progetto definitivo, individua la relazione geologica, nei contenuti di cui al successivo articolo 27, comma 1.

In via preliminare è necessario chiarire se la relazione è documento progettuale comunque obbligatorio, sulla base dell'interpretazione letterale del citato articolo 25, ovvero se detta relazione è prescritta in via obbligatoria solo in presenza di espressa previsione normativa quale, ad esempio, per le opere da realizzarsi in aree dichiarate sismiche ai sensi della legge n. 64/1974 o per le aree soggette a vincolo idrogeologico ai sensi del RD n. 3267/1923, nonché il decreto del Ministro dei lavori pubblici 11 marzo 1988, che individua nelle sezioni da E ad O le opere per le quali in ogni caso è prescritta.

Al riguardo si deve evidenziare che con la legge quadro si è proceduto alla cosiddetta procedimentalizzazione delle attività di progetto, prevedendo, di norma, la presenza di tre fasi — preliminare, definitiva ed esecutiva — successive e necessarie tra loro interagenti secondo uno sviluppo di definizione e di approfondimento tecnico progressivo e senza soluzione di continuità.

Infatti, nel progetto preliminare sono previste, per la materia di cui si tratta, le indagini geologiche, nel progetto definitivo la relazione geologica, mentre nel progetto esecutivo la relazione geologica illustra, sulla base del progetto definitivo, le soluzioni adottate. Inoltre, qualora il progettista lo ritenga necessario, in sede di redazione del progetto esecutivo possono essere effettuate indagini geologiche integrative sulla base delle quali viene aggiornata la relazione geologica.

Le disposizioni legislative che prevedono in via obbligatoria la relazione geologica a corredo del progetto sono state emanate prima della legge quadro e del relativo regolamento di attuazione: si pone il problema di un loro raccordo con l'articolazione su più livelli del progetto, secondo quanto previsto dalla legge n. 109/94 e s.m., al fine di individuare in quale fase progettuale tale obbligo viene in evidenza.

I livelli di approfondimento tecnico dei progetti non possono essere standardizzati e rigidamente definiti in tre, stante le varie tipologie di opere da realizzare. Per questo, al responsabile del procedimento, sulla base del disposto del comma 2, dell'articolo 16 della legge n. 109/94 e s.m., è conferita la facoltà di integrare o modificare, previa adeguata motivazione, i requisiti minimi dei vari livelli, facoltà che l'Autorità (con determinazione n.

Sezione Quarta

4/2001) ha ritenuto estendersi fino alla riduzione, in casi particolari, dei livelli progettuali, ad eccezione di quello esecutivo.

La facoltà riconosciuta al responsabile del procedimento — che, si ricorda, deve essere necessariamente un tecnico ai sensi dell'articolo 7, comma 5, della legge n. 109/94 e s.m. — si ritiene rientri nella cosiddetta discrezionalità tecnica, che si sostanzia nell'esame di fatti o situazioni sulla base di cognizioni tecniche e scientifiche di carattere specialistico. Il responsabile del procedimento è tenuto ad effettuare un'istruttoria tesa all'analisi della situazione di fatto in relazione al progetto da realizzare con il supporto dalle regole tecniche; non siamo quindi in presenza di una discrezionalità rientrante nella cosiddetta discrezionalità amministrativa, caratterizzata dal momento volitivo della scelta della soluzione più opportuna attraverso una valutazione degli interessi prioritari.

A titolo esemplificativo, il responsabile del procedimento può decidere per l'utilizzo da parte del progettista incaricato di preesistente relazione geologica rilasciata per un precedente intervento di consolidamento, ancora in corso di esecuzione, di un'area immediatamente adiacente quella di cui si tratta.

Vale infine precisare come la facoltà riconosciuta dal comma 2 dell'articolo 16 citato al responsabile del procedimento in fase di progettazione, viene ad interagire con l'intendimento del progettista, unico responsabile, come noto, del progetto nella sua interezza.

Si ritiene quindi necessario, anche in considerazione della problematica relativa alla partecipazione dei geologi agli affidamenti di progettazione, che il responsabile del procedimento, prima della predisposizione del bando di progettazione, acquisisca la propria determinazione di giudizio in merito alla non indispensabilità della relazione geologica in rapporto alla specifica fattispecie ovvero al possibile utilizzo di studi esistenti sostitutivi di ulteriore relazione. In tal ultimo caso appare necessaria l'acquisizione preventiva da parte del responsabile del procedimento di specifico assenso circa l'idoneità dell'elaborato con cui si intende integrare il progetto da parte di un professionista geologo.

Pertanto, alla luce delle suesposte considerazioni, si ritiene:

1. la relazione geologica deve obbligatoriamente essere prevista fra la documentazione progettuale in tutti i casi in cui vi sia espressa previsione normativa in tal senso;
2. per i restanti interventi, la relazione geologica è da considerarsi indispensabile elemento di progetto, ai sensi dell'articolo 25 del DPR n. 554/99, fatto salvo un contrario avviso del responsabile del procedimento, debitamente motivato; il bando di gara per l'affidamento della progettazione dovrà, di conseguenza, riportare l'indicazione della necessità o meno della relazione geologica per la realizzazione dell'intervento di cui si tratta;
3. qualora il responsabile del procedimento ritenga idonea l'utilizzazione da parte del progettista affidatario di elaborati già esistenti, acquisita la preventiva valutazione di idoneità da parte di un professionista geologo, gli stessi dovranno essere messi a disposizione dei partecipanti alla gara e dovrà essere acquisita specifica dichiarazione di accettazione da parte del progettista candidato da rendere in sede di offerta.

Determinazioni

Correlata all'obbligatorietà, nei termini sopra indicati, della presenza della relazione geologica tra gli elaborati progettuali, è la legittimazione dei geologi alla partecipazione alle gare per l'affidamento dei servizi di progettazione, in relazione al divieto di subappalto della prestazione di redazione della relazione geologica stessa, ai sensi dell'articolo 17, comma 14-*quinquies*, della legge n. 109/94 e s.m. combinato con la previsione di esclusiva competenza in merito del professionista geologo.

Questa Autorità, nella determinazione n. 19/2000, ha già affermato come la norma precluda qualsiasi deroga al divieto di subappalto, ribadendo la competenza esclusiva del geologo per la redazione della relazione geologica in tutti i casi in cui essa è prescritta.

La previsione del citato articolo 17, comma 14-*quinquies*, nel vincolare l'affidatario della progettazione ad eseguirla mediante soggetto in possesso della relativa abilitazione, non fornisce indicazioni specifiche circa la natura del rapporto giuridico intercorrente fra professionista geologo ed affidatario. Inoltre il medesimo articolo 17, al comma 8, stabilisce che, indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario, l'incarico deve essere espletato da professionisti iscritti negli appositi albi professionali personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con indicazione del nominativo della persona fisica incaricata della integrazione fra le varie prestazioni specialistiche.

Raccordando le norme su indicate, può ritenersi quindi che la relazione geologica, qualora prevista secondo quanto indicato precedentemente, debba essere redatta esclusivamente da professionista geologo presente nella struttura di progettazione, nominativamente individuato con la specifica responsabilità già in sede di offerta e che lo *status* giuridico caratterizzante il rapporto fra geologo ed affidatario possa essere indifferentemente sia di natura indipendente, sotto forma di associazione temporanea, sia di natura subordinata, in qualità di dipendente, sia di natura parasubordinata, attraverso forme di collaborazione professionale coordinata e continuativa.

Tale interpretazione è in linea con le previsioni degli articoli 53, comma 3, e 54 del DPR n. 554/99, che regolano rispettivamente i requisiti delle società di ingegneria e professionali titolate, insieme ai liberi professionisti, a partecipare a gare per l'affidamento di servizi di ingegneria. Secondo le citate norme, l'organigramma delle società comprende, oltre ai soci, i dipendenti ed i collaboratori coordinati e continuativi direttamente impegnati nello svolgimento di prestazioni professionali e tecniche secondo specifiche competenze e responsabilità. Di tali informazioni sussiste inoltre, in capo ai soggetti indicati, l'obbligo di comunicazione a questa Autorità.

Rimangono pertanto esclusi dalle previsioni normative i rapporti di consulenza professionale *ad hoc*, che possono configurarsi nello specifico come forma di subappalto, esplicitamente vietata dalle norme per la prestazione di redazione della relazione geologica, in particolare qualora tale rapporto non risulti dichiarato e quindi formalizzato prima dell'affidamento dell'incarico.

Qualora, pertanto, si renda necessaria l'acquisizione della relazione geologica, l'amministrazione è tenuta ad avvalersi dell'opera professionale del geologo, che potrà essere reperita o all'interno della struttura tecnica della

Sezione Quarta

stazione appaltante o all'esterno attraverso specifico affidamento riservato a professionisti geologi ovvero ad unico soggetto affidatario dell'incarico di progettazione completo. In tale ultimo caso la presenza del professionista geologo dovrà essere richiesta esplicitamente in fase di bando di gara e la relativa presenza all'interno delle strutture dei soggetti partecipanti dovrà essere accertata dall'amministrazione. La presenza del geologo potrà manifestarsi sia sotto forma di componente di eventuale associazione temporanea ovvero in qualità di responsabile della prestazione, nominativamente indicato nell'offerta, in organico alla struttura partecipante nel senso espresso nelle precedenti considerazioni.

**Finanza di progetto: quesiti posti in materia di gara
per la scelta dei partecipanti alla procedura negoziata,
di variazione della composizione del promotore
e di possibilità di impiego della procedura del promotore
per il ciclo integrale delle acque**

Determinazione del 6 marzo 2002

(G.U. n. 75 del 29 marzo 2002)

Premesso

Con nota del 30 gennaio 2002, l'Ingegnere Enrico Brunori chiedeva a questa Autorità di vigilanza di esprimere il proprio avviso in ordine ad alcune questioni interpretative concernenti la procedura relativa all'affidamento della realizzazione di opere pubbliche per mezzo della cosiddetta finanza di progetto.

Premesso che l'ANAS e l'azienda ULSS 12 veneziana avevano indetto due gare, rispettivamente, per l'affidamento della progettazione, della costruzione e della gestione del collegamento autostradale di connessione tra le città di Brescia e Milano, e per l'affidamento della progettazione, della costruzione e della gestione del nuovo ospedale di Mestre, il Brunori chiedeva di sapere se, nelle gare indette ai sensi dell'articolo 37-*quater* della legge n. 109/1994 e successive modificazioni, prima della presentazione delle domande di partecipazione, fosse possibile prendere visione, ed eventualmente entro quali limiti, della documentazione posta a base delle gare medesime.

Tra l'altro, il richiedente lamentava che i bandi concernenti le gare indicate non riportavano il contenuto e le caratteristiche delle opere da realizzare, limitandosi a fare rinvio alla proposta del promotore ed alla documentazione ad essa allegata, senza consentirne l'immediata e piena conoscenza, nel presupposto che nella licitazione privata, ritenuta applicabile al caso di specie, la visione dei documenti è consentita ai soli concorrenti invitati alla gara. In tal modo, secondo il richiedente, risultavano disattesi i più elementari principi di trasparenza e massima concorrenza.

Con riferimento alla prima delle gare indicate, inoltre, la BREBEMI s.p.a., premesso di avere assunto l'iniziativa dell'opera, chiedeva, a sua volta, di sapere fino a quando avrebbe potuto eventualmente associare altre imprese; e tanto nel presupposto che la giurisprudenza amministrativa ammette la possibilità, entro determinati limiti, di modificare la composizione del soggetto partecipante alla gara tra la fase di prequalifica e quella relativa alla gara vera e propria.

Altro quesito, infine, concernente la finanza di progetto veniva formulato dalla SOGESID s.p.a. che voleva, in particolare, conoscere l'avviso dell'Autorità in merito all'utilizzo dell'istituto ovvero, in alternativa, della concessione di costruzione e gestione con riferimento ai singoli segmenti del ciclo idrico (adduzione, captazione, depurazione ecc.).

*Sezione Quarta**Considerato*

I problemi interpretativi di cui agli indicati quesiti si ricollegano alla questione concernente l'individuazione della natura della «gara» di cui all'art. 37 *quater*, comma 1, lettera a), della legge n. 109/1994 e s.m. e sembrano scaturire dall'errato convincimento delle stazioni appaltanti secondo cui l'aggiudicazione finale della concessione, nell'ipotesi della cosiddetta finanza di progetto debba avvenire mediante licitazione privata e facendo applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Al contrario, tale aggiudicazione, in base all'esplicito disposto di cui all'indicato articolo 37 *quater*, comma 1, della legge n. 109/1994 e s.m., va fatta «mediante procedura negoziata» rispetto alla quale «la gara», di cui alla lettera a) dello stesso comma, serve non già a selezionare l'aggiudicatario della concessione bensì ad individuare i «soggetti presentatori delle due migliori offerte» (ovvero dell'unico soggetto partecipante) con i quali instaurare la procedura negoziata assieme al promotore.

Del resto, questa Autorità, già nella determinazione n.51 del 26 ottobre 2000, pur avendo rilevato come il legislatore avesse scelto di introdurre il sistema della finanza di progetto «innestandolo su quello proprio della concessione», aveva tuttavia aggiunto che, nel caso del *project financing*, la concessione si aggiudica «mediante una procedura negoziata da svolgere tra il promotore e i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara di cui alla lettera a); nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto, la procedura negoziata si svolge tra il promotore e questo unico soggetto». Ciò premesso, al fine della soluzione dei quesiti prospettati ed in mancanza di specifica ulteriore indicazione normativa circa le modalità del relativo espletamento, resta ugualmente il problema se detta gara, intesa a selezionare i concorrenti da confrontare al promotore, debba consistere in un pubblico incanto ovvero in una licitazione privata, ovvero ancora se non si tratti di procedura anomala e particolare, che presenti caratterizzazioni proprie. Il dato specifico della gara di cui all'articolo 37 *quater* della legge n. 109/1994 e s.m. è, infatti, l'inapplicabilità della disposizione contenuta nell'articolo 76, comma 2, del DPR n. 554/1999 e s.m., secondo cui non si fa luogo alla licitazione privata nel caso in cui i soggetti prequalificati siano inferiori a tre mentre nella gara di cui si tratta può essere presentata anche una sola offerta.

Va rilevato che simile alla gara di cui si tratta è quella prevista dall'articolo 7 della direttiva comunitaria 93/37/CEE, in base al quale le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare gli appalti di lavori mediante «procedura negoziata, dopo aver pubblicato un bando di gara e selezionato i candidati secondo criteri qualitativi e resi noti».

Va ulteriormente osservato che, ai sensi dell'articolo 37 *quater* della legge n. 109/1994 e s.m., a base di tale gara deve essere posto il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore.

Determinazioni

Ed è di tale documentazione, pertanto, che la stazione appaltante ha l'obbligo di assicurare la piena conoscibilità da parte dei soggetti interessati alla relativa partecipazione, laddove, invece, va mantenuto riservato il piano economico-finanziario proprio del promotore, in quanto afferente alle sue scelte imprenditoriali, alla sua organizzazione di impresa (sotto il profilo finanziario e patrimoniale), alle sue strategie ed in generale a quelle informazioni economiche che caratterizzano le ragioni e le valutazioni stesse del promotore rispetto al mercato.

Sulla base delle medesime indicate considerazioni in ordine allo svolgimento del procedimento di aggiudicazione della concessione nella cosiddetta finanza di progetto, si può inoltre ritenere consentito al promotore di modificare la compagine sociale sino al momento dell'indizione del subprocedimento negoziato; dato che è da tale momento che prende vita il confronto concorrenziale finalizzato alla finale aggiudicazione.

In merito, infine, all'utilizzo della finanza di progetto o, in alternativa, dell'istituto della concessione di costruzione e gestione per singoli segmenti del ciclo idrico (adduzione, captazione, depurazione ecc.), occorre innanzitutto rilevare che la disciplina del settore idrico presenta talune specificità di assoluto rilievo, ricadendo, sotto il profilo generale oggettivo, nel campo di applicazione del D.lgs 17 marzo 1995, n. 158 (*art. 3*), relativo ai cosiddetti settori speciali *ex esclusi* (acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni), adottato in recepimento delle direttive comunitarie n. 90/531/CEE e n. 93/38/CEE.

Tuttavia, come già rilevato da questa Autorità con l'atto di regolazione n. 2/1999, il disposto di cui all'articolo 2, comma 2, lettera *b*), della legge n. 109/1994 e s.m., prevede l'applicabilità delle norme della legge quadro sui lavori pubblici anche ai soggetti di cui al suddetto D.lgs n. 158/1995 per lo svolgimento di attività che riguardano i lavori individuati con DPCM n. 517/1997 e comunque i lavori concernenti rilevati aeroportuali e ferroviari, sempre che non si tratti di lavorazioni che non possono essere progettate ed appaltate separatamente, in quanto strettamente connesse e funzionali alla esecuzione di opere comprese nella generale disciplina di cui al decreto legislativo n. 158/1995.

Da ciò consegue che, con riguardo ai soggetti operanti nei settori trasporti, energia, acqua e telecomunicazioni, la stazione appaltante potrà — alternativamente — appaltare le opere di ingegneria civile e quelle specialistiche con un unico appalto, applicando la disciplina di cui alla legge n. 109/1994 e s.m., ovvero appaltare separatamente i lavori civili e quelli specialistici, trovando così applicazione, rispettivamente, la disciplina di cui alla legge n. 109/1994 e s.m. e quella relativa ai settori *ex esclusi*.

Con la conseguenza che, nel caso di realizzazione di opere che ricadono sotto la disciplina dei lavori pubblici, l'utilizzo della finanza di progetto da parte dei soggetti aggiudicatori di cui al decreto legislativo n. 158/1995 è sicuramente consentito, per espressa previsione normativa. Detto istituto è da ritenersi egualmente consentito nel caso in cui le opere non ricadessero sotto la normativa indicata, trattandosi di procedimento teso ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza e di pubblicità e ad evitare discriminazioni nelle aggiudicazioni, cui pure è ispirata la normativa generale sui settori *ex esclusi*.

Sezione Quarta

Queste conclusioni contengono anche la soluzione in ordine alla possibilità di impiegare per singoli segmenti del ciclo integrale delle acque la tecnica della finanza di progetto.

Va, inoltre, rilevato che i cosiddetti settori *ex* esclusi rappresentano un comparto nel quale può avere rilievo significativo l'uso dell'istituto in questione, poiché a fronte dei considerevoli investimenti iniziali si determina una relativa stabilità dei *cash flow* generabili, vista l'ampia utilizzazione dei servizi offerti e la rigidità della domanda. In particolare, nel settore idrico esistono dati storici su cui basarsi ed è piuttosto agevole individuare i contorni quantitativi di un mercato di solito a domanda fortemente stabile o prevedibile. Con ciò si afferma il principio generale dell'utilizzabilità della tecnica di finanza di progetto in ogni caso anche nel settore idrico, purché i progetti rispondano a determinate caratteristiche, che consentano all'operazione di autofinanziarsi mediante un flusso di cassa derivante dalla gestione dell'opera.

A detta conclusione è peraltro giunta anche la giurisprudenza amministrativa, che ha riconosciuto il suddetto inquadramento giuridico ai rapporti relativi ai settori cosiddetti speciali o *ex* esclusi, nei quali la controprestazione consista prevalentemente nei proventi della gestione, con la conseguenza che anche per detti rapporti è utilizzabile il *project financing* anche se non previsto esplicitamente dalle direttive di settore e dal decreto legislativo di recepimento n. 158/1995.

Per le considerazioni esposte, a parere dell'Autorità:

- a) a base della gara di cui all'articolo 37 *quater*, comma 1, lettera a), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni devono essere posti il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella misura prevista dal piano economico-finanziario presentato dal promotore medesimo, il quale, come documento a sé stante, resta riservato, e ad essa documentazione deve essere consentito l'accesso a tutti i soggetti interessati alla partecipazione alla gara;
- b) la stazione appaltante è tenuta, in ogni caso, a consentire l'accesso alla documentazione di cui alla precedente lettera a) a tutti i soggetti interessati alla partecipazione alla gara;
- c) è consentito al promotore procedere alla modificazione della compagine sociale sino all'inizio della procedura negoziata con i soggetti (o con il soggetto) selezionati nella gara preliminare.
- d) l'utilizzo del meccanismo della cosiddetta finanza di progetto è consentito ai soggetti che operano nei settori speciali acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni sia nel caso di applicazione da parte degli stessi della normativa di cui alla legge n. 109/1994 e s.m. sia nel caso di applicazione della normativa di cui al decreto legislativo n. 158/1995 e ciò anche per singoli segmenti del ciclo integrale delle acque.

Fenomeno dei ritardati pagamenti negli appalti di lavori pubblici

Determinazione del 27 marzo 2002

(G.U. n. 95 del 23 marzo 2002)

Premesso

Il Consiglio dell'Autorità, nell'ambito dell'indagine conoscitiva e del relativo approfondimento sul fenomeno dei ritardati pagamenti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, avviato nel corso del 2001, ha ritenuto di analizzare alcuni aspetti della problematica, indicendo apposita audizione e sottoponendo le questioni emergenti all'attenzione dei firmatari dei protocolli d'intesa.

In particolare i profili di approfondimento riguardano le seguenti problematiche:

1. applicabilità delle norme contenute nell'articolo 1194 c.c. secondo cui «il debitore non può imputare il pagamento al capitale, piuttosto che agli interessi e alle spese, senza il consenso del creditore» (co. 1) e «il pagamento fatto in conto di capitale e d'interessi deve essere imputato prima agli interessi» (co. 2);
2. ambiti di applicabilità dell'articolo 1224, comma 2, c.c., che disciplina l'ipotesi del maggior danno nel caso di ritardi riconducibili a comportamenti delle stazioni appaltanti nell'esecuzione dei pagamenti;
3. applicabilità di tassi di interesse differenziati in relazione alla durata dei ritardi e di quanto disposto dalla direttiva 35/2000/CE al settore dei lavori pubblici;
4. eventuale computabilità dei tempi della Cassa depositi e prestiti ai fini del calcolo del tempo contrattuale medio per la decorrenza degli interessi di ritardato pagamento;
5. verifica delle problematiche connesse agli aspetti organizzativi e gestionali delle stazioni appaltanti.

Ritenuto in diritto

Occorre preliminarmente analizzare il quadro normativo vigente in materia. L'articolo 26, comma 1, della legge quadro, come modificata dalla legge n. 415/98, stabilisce: «in caso di ritardo nell'emissione dei certificati di pagamento o dei titoli di spesa relativi agli acconti, rispetto alle condizioni o ai termini stabiliti nel capitolato speciale che non devono comunque superare quelli fissati dal capitolato generale, spettano all'esecutore dei lavori gli interessi legali e moratori ...».

Resta ferma la facoltà dell'esecutore medesimo, «trascorsi i termini di cui sopra, ovvero nel caso in cui l'ammontare delle rate di acconto per le quali non sia stato tempestivamente emesso il certificato o il titolo di spesa raggiunga il quarto dell'importo netto contrattuale di agire ai sensi dell'articolo 1460 c.c. ovvero, previa costituzione in mora dell'amministrazione e, tra-

Sezione Quarta

scorsi sessanta giorni dalla data della costituzione stessa, di promuovere il giudizio arbitrale per la dichiarazione di risoluzione di contratto».

Per quanto invece riguarda il pagamento della rata di saldo, l'articolo 28, comma 9, della legge quadro prevede che lo stesso «deve essere effettuato non oltre il novantesimo giorno dalla emissione del certificato di collaudo provvisorio ovvero del certificato di regolare esecuzione», purché sia stata presentata la prevista polizza fideiussoria.

L'articolo 116 del DPR n. 554/99, al comma 1, rinvia all'articolo 26 della legge quadro per quanto attiene al ritardato pagamento delle rate di acconto; al comma 2, per quanto riguarda la rata di saldo dei lavori, estende alla stessa la disciplina sugli interessi per il ritardo nel pagamento degli acconti.

La stessa norma, al comma 3, dispone che nel caso di concessioni di lavori pubblici, ove sia previsto il pagamento di un prezzo «in più rate annuali», sarà il disciplinare di concessione a dover prevedere la decorrenza degli interessi per ritardato pagamento.

L'articolo 116, comma 4, infine stabilisce: «l'importo degli interessi per ritardato pagamento viene computato e corrisposto in occasione del pagamento in conto e a saldo immediatamente successivo a quello eseguito in ritardo, senza necessità di apposite domande o riserve».

Il nuovo Capitolato generale d'appalto, approvato con DM 19 aprile 2000, n. 145, infine, all'articolo 29 fissa i tempi per il pagamento di acconti e saldo ed all'articolo 30 dispone in ordine all'entità degli interessi in caso di ritardati pagamenti.

A partire dalla maturazione di ogni stato di avanzamento dei lavori, infatti, il termine per l'emissione dei certificati di pagamento relativi agli acconti non può superare i 45 giorni. Una volta emesso il certificato, il pagamento va disposto mediante specifico ordine (mandato) entro i 30 giorni successivi.

Ove il certificato venga emesso oltre i 45 giorni suddetti, vanno riconosciuti all'appaltatore gli interessi corrispettivi al tasso legale sulle somme dovute. Se il ritardo supera i 60 giorni, dovranno essere corrisposti dal giorno successivo gli interessi moratori.

Qualora il pagamento sia effettuato oltre i 30 giorni dalla data di emissione del certificato, gli interessi legali scattano dal giorno successivo fino al sessantesimo giorno di ritardo, data a partire dalla quale sono dovuti gli interessi di mora. Presupposto essenziale è comunque che il ritardo sia imputabile all'amministrazione.

Per quanto concerne il pagamento della rata di saldo, il Capitolato generale ribadisce il termine, previsto dall'articolo 28, comma 9, della legge quadro, dei 90 giorni successivi all'emissione del certificato di collaudo provvisorio ovvero del certificato di regolare esecuzione, a sua volta da emettersi rispettivamente entro sei mesi ed entro tre mesi dall'ultimazione dei lavori.

Sempre ai sensi del Capitolato generale, ove l'appaltatore non abbia preventivamente presentato la garanzia fidejussoria prevista dall'articolo 28, comma 9, della legge a copertura della stessa rata di saldo, il termine di 90 giorni decorre dalla data della presentazione della stessa; se si verificano ritardi rispetto a tale termine, scattano gli interessi legali e quindi, dal sessantesimo giorno di ritardo, quelli di mora.

Determinazioni

Inoltre, il saggio degli interessi di mora è comprensivo del maggior danno ai sensi dell'articolo 1224, comma 2, c.c.

Relativamente ai profili di cui alle premesse si formulano le seguenti osservazioni.

1. In ordine alla problematica concernente l'applicabilità del disposto di cui all'articolo 1194 c.c. in materia di «imputazione del pagamento» nei casi di pagamento effettuato con ritardo dalla pubblica amministrazione, si ritiene che la disciplina della tardiva emissione dei certificati di pagamento e dei titoli di spesa è da ricondursi nell'ambito delle previsioni codicistiche, nella scia del riconoscimento, già effettuato dalla giurisprudenza, di una sostanziale parità fra pubblica amministrazione e soggetti privati nei rapporti contrattuali. Ne discende che, ove non diversamente e pattiziamente statuito, trova applicazione il disposto di cui all'articolo 1194 c.c., che prevede che il pagamento stesso non possa essere imputato al capitale senza il consenso del creditore e che il pagamento fatto in conto di capitale ed interessi debba essere imputato prima agli interessi.

L'applicabilità della norma in questione presuppone chiaramente la contemporanea esigibilità del credito sia per il capitale sia per gli interessi e le spese, nel senso di infruttuoso decorso dei termini fissati per l'amministrazione per provvedere ai pagamenti stessi.

2. Per quanto concerne l'ambito applicativo dell'articolo 1224, comma 2, c.c., si osserva quanto segue.

L'articolo 26 della legge n. 109/94 e s.m.i. prevede che gli interessi sono dovuti «in caso di ritardo» da parte dell'amministrazione ed il loro importo, ai sensi dell'articolo 116, comma 4, del DPR n. 554/99, viene «corrisposto in occasione del pagamento, in conto e a saldo, immediatamente successivo a quello eseguito in ritardo, senza necessità di apposite domande o riserve»: la previsione dell'automatica decorrenza degli interessi moratori, sia pure nel presupposto di cui all'articolo 30, comma 1, del Capitolato generale «della causa imputabile alla stazione appaltante», una volta scaduto il termine previsto dal capitolato speciale o, in mancanza di specifica previsione, da quello generale, costituisce una deroga all'articolo 1219 c.c. in ordine all'onere della previa costituzione in mora.

La disciplina codicistica sull'inadempimento delle obbligazioni trova previsioni derogatorie nelle norme del Capitolato generale, innanzitutto nella previsione dei termini per l'emissione dei titoli di liquidazione e di spesa, ai sensi dell'articolo 29 dello stesso capitolato, che tengono conto dei fisiologici tempi necessari all'organizzazione e all'attività procedimentale della pubblica amministrazione. Inoltre, la normativa citata prevede che l'inservanza dei termini fissati per causa imputabile alla stazione appaltante comporta il pagamento all'appaltatore degli interessi corrispettivi al tasso legale sulle somme dovute, nonché qualora il ritardo superi i 60 giorni, il riconoscimento degli interessi moratori determinati annualmente con apposito decreto ministeriale; detti ultimi interessi moratori sono dovuti dal giorno successivo e sono comprensivi del maggior danno ai sensi dell'articolo 1224, comma 2, c.c.

Al riguardo si osserva che, in primo luogo, il solo presupposto oggettivo del ritardo non è sufficiente a determinare l'obbligo della corresponsione degli

Sezione Quarta

interessi, dovendosi inoltre verificare la condizione dell'imputabilità alla stazione appaltante del ritardo stesso. Da ciò consegue che sono improduttivi di interessi a carico della stazione appaltante i ritardi imputabili ad eventi non dipendenti dal committente, quali l'ipotesi di causa di forza maggiore ovvero fattispecie riconducibili a fatto dello stesso appaltatore.

In secondo luogo, occorre rilevare che il legislatore, disponendo che gli interessi di mora comprendono anche il risarcimento dell'eventuale maggior danno *ex* articolo 1224, comma 2, c.c., ha inteso preventivamente determinare in via forfetaria e con criteri certi l'ammontare del danno da ritardo nei pagamenti.

Occorre ora chiedersi se detta quantificazione preventiva estingua *in toto* la pretesa risarcitoria dell'appaltatore per danno anormale ovvero se gli interessi di mora comprensivi del maggior danno *ex* articolo 1224, comma 2, c.c. non siano di per sé idonei a coprire tutte le possibili variabili sottese alle singole fattispecie, quali le dimensioni e la situazione economica dell'impresa appaltatrice, l'entità dei lavori oggetto dell'appalto, l'entità del tasso di inflazione.

Al riguardo si ritiene che, anche in tali ipotesi, sussista la piena operatività dell'articolo 1224, comma 2, c.c., assunto che trova conferma nella recente decisione della Corte di cassazione (sentenza 9653 del 17 luglio 2001) che ha posto fine al contrasto della giurisprudenza sulla questione se la somma liquidata a titolo di interessi per il ritardo del pagamento di somma capitale ai sensi degli articoli 35 e 36 del DPR n. 1063/1962 (oggi articoli 29 e 30 del DM n. 145/2000) per il ritardo del pagamento degli acconti e del saldo degli appalti di opere pubbliche sia suscettibile o meno di rivalutazione monetaria. Le Sezioni unite della Corte hanno stabilito infatti: «a tutte le obbligazioni aventi ad oggetto originario il pagamento di una somma di denaro sulla quale spettino interessi di qualsiasi natura, compresi quelli di cui agli articoli 35 e 36 del capitolato generale di appalto per le opere pubbliche approvato con DPR 1063/1962 è applicabile, in mancanza di usi contrari, la regola dell'anatocismo dettata dall'articolo 1283 c.c., dovendo escludersi che il debito per interessi, anche quando sia stata adempiuta l'obbligazione principale, si configuri come una qualsiasi obbligazione pecuniaria, dalla quale derivi il diritto agli ulteriori interessi dalla mora nonché al risarcimento del maggior danno *ex* articolo 1224, secondo comma del codice civile.».

In conclusione, quindi, si ritiene che la disciplina in materia di ritardati pagamenti contenuta nell'articolo 26 della legge n. 109/94 e s.m.i. e negli articoli 29 e 30 del DM n. 145/2000 copre ogni ipotesi di conseguente danno, in concreto derivato, e può essere validamente opposta ad ogni ulteriore pretesa risarcitoria.

In alternativa al sistema sopra delineato di preventiva determinazione dell'ammontare del danno per ritardati pagamenti, l'articolo 26, comma 1, della legge quadro, fa salva la facoltà dell'appaltatore di agire ai sensi dell'articolo 1460 c.c. che consente allo stesso, indipendentemente dalle ragioni del ritardo, purché ascrivibile all'amministrazione, di adottare l'eccezione di inadempimento, interrompendo l'esecuzione dei lavori con le conseguenze da ciò derivanti in termini di diseconomicità dell'intervento.

Determinazioni

3. In ordine alla possibilità di prevedere in contratto tassi di interesse differenziati in relazione alla durata dei ritardi ed alla relativa incidenza sull'importo contrattuale, si ritiene che ciò rientri nell'ambito dell'autonomia negoziale delle parti che possono sempre derogare al saggio legale fissando il tasso d'interesse in misura superiore od inferiore (cosiddetti interessi convenzionali).

A tal fine occorrerebbe prevedere nel capitolato speciale uno scadenario sulla base del quale differenziare i tassi di interesse per i pagamenti in ragione del ritardo accumulatosi.

Sulla questione, tuttavia, occorre anche tener conto della direttiva 35/2000/CEE del 29 giugno 2000, *Lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, che prevede che i termini di pagamento debbano essere fissati, di norma, in 30 giorni, superati i quali la misura degli interessi di mora è pari al tasso d'interesse praticato dalla banca centrale europea nelle operazioni di rifinanziamento, maggiorato di almeno sette punti percentuali.

Per quanto attiene alla direttiva comunitaria in questione, la stessa si caratterizza per due principi fondamentali: il riconoscimento della libertà contrattuale delle parti, da un lato, e l'introduzione di regole comuni per le transazioni commerciali fra privati e nei rapporti con la pubblica amministrazione, dall'altro. Sono previsti, tra l'altro, termini di pagamento più brevi, l'ammontare degli interessi di mora rimesso alla libera contrattazione delle parti, la previsione per il creditore di chiedere, oltre agli interessi di mora, ulteriori risarcimenti proporzionali al danno subito per il recupero crediti.

La direttiva non è però direttamente applicabile alla materia dei lavori pubblici, dato che il suo ambito è limitato ai pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo per le transazioni commerciali fra imprese e fra imprese e pubblica amministrazione, laddove per transazioni commerciali si intendono i contratti che «comportano la consegna di merci o la prestazione di servizi contro pagamento di un prezzo».

Si ritiene che l'ipotesi di un'applicazione estensiva della direttiva agli articoli 29 e 30 del DM n. 145/2000 non sia percorribile, in quanto se da un lato per interpretazione estensiva si intende l'accoglimento di un significato che si estende fino ai limiti massimi della portata semantica, secondo l'uso linguistico generale, dell'espressione da interpretare, dall'altro si ricorre al procedimento analogico nel caso di lacuna dell'ordinamento.

Tuttavia, la strada percorsa dalla direttiva appare in linea con l'attuale orientamento dottrinale e giurisprudenziale, che sempre maggiormente si risolve nel riconoscimento di una *par condicio* fra amministrazione e privati, con applicazione quindi di regole paritarie e con abbandono di quella posizione di supremazia riconosciuta in passato all'autorità pubblica in nome della prevalenza dell'interesse pubblico rispetto a quello privato.

Al riguardo l'Autorità si riserva di effettuare apposita segnalazione al Governo ed al Parlamento.

4. In relazione alla eventuale computabilità dei tempi della Cassa depositi e prestiti ai fini del calcolo del tempo contrattuale medio per la decorrenza degli interessi di ritardato pagamento, l'articolo 13, comma 3.2, del decreto legge 28 febbraio 1983 n. 55 convertito con legge 26 aprile 1983 n. 131, pre-

Sezione Quarta

vede che qualora la fornitura di beni e servizi venga effettuata con ricorso a mutuo della Cassa depositi e prestiti, il calcolo del tempo contrattuale per la decorrenza degli interessi di ritardato pagamento non tiene conto dei giorni intercorrenti tra la spedizione della domanda di somministrazione e la ricezione del relativo mandato di pagamento presso la competente sezione di tesoreria provinciale, purché tale circostanza sia stata richiamata nel bando di gara.

Al riguardo si osserva che, trattandosi di norma derogatoria al generale principio della responsabilità patrimoniale del soggetto che incorre nel ritardo a corrispondere il pagamento, non sembra ad essa applicabile un'interpretazione estensiva tale da renderla cogente anche per il settore dei lavori pubblici.

5. L'ipotesi di pagamento effettuato dalla stazione appaltante direttamente al subappaltatore o al cottimista per l'importo dei lavori dagli stessi effettuati, quale sistema per evitare a questi ultimi gli effetti negativi derivanti dai pagamenti corrisposti in ritardo all'appaltatore principale, è fattispecie espressamente prevista dall'articolo 18, comma 3-bis, della legge n. 55/1990 nel testo vigente. Si ritiene tuttavia che tale previsione, volta a tutela delle imprese subappaltatrici, nel comportare ulteriori incombenze alle amministrazioni, non aiuti a risolvere la problematica dei ritardati pagamenti, che trova una delle ragioni del fenomeno in motivi legati ad aspetti organizzativi interni alle stazioni appaltanti.

In relazione a questi ultimi e, in particolare, per quanto attiene ai ritardi nei pagamenti legati ai trasferimenti dei finanziamenti dal centro alle sedi periferiche di gestione ed alla necessità di regole chiare per la gestione dei fondi, esigenza ormai non più procrastinabile, stante che la pubblica amministrazione nei rapporti contrattuali non ha alcuna posizione differenziata rispetto al privato contraente e non potendo quindi esimersi dall'assunzione di responsabilità legate a fattori organizzativi, appare necessaria l'adozione nelle amministrazioni pubbliche di interventi gestionali ed organizzativi che realizzino un'effettiva e reale razionalizzazione delle procedure al fine dell'informatizzazione delle varie fasi della gestione amministrativa.

In proposito l'Autorità si riserva di effettuare apposita segnalazione al Governo ed al Parlamento.

Dalle considerazioni svolte segue:

1. ove non diversamente pattuito, l'articolo 1194 c.c. si applica in caso di ritardo nei pagamenti da parte delle stazioni appaltanti, con la conseguenza che gli stessi non possano essere imputati al capitale senza il consenso del creditore e che il pagamento fatto in conto di capitale ed interessi debba essere imputato prima agli interessi;
2. la disciplina in materia di ritardati pagamenti contenuta nell'articolo 26 della legge n. 109/94 e s.m.i. e negli articoli 29 e 30 del DM n. 145/2000 copre ogni ipotesi di conseguente danno in concreto derivatone e può essere validamente opposta ad ogni ulteriore pretesa risarcitoria;
3. l'articolo 13, comma 3.2, del DL 28 febbraio 1983 n. 55, convertito con legge 26 aprile 1983 n. 131, in quanto norma derogatoria al generale principio della responsabilità patrimoniale del soggetto che incorre nel ritardo a corrispondere il pagamento, non è applicabile, mediante interpretazione estensiva, al settore dei lavori pubblici.