

**Programma per la costruzione, l'ammodernamento e l'acquisto
di immobili destinati a caserme ed alloggi di servizio
della Guardia di finanza
in forza dell'articolo 29 della legge 18 febbraio 1999, n. 28
Determinazione del 30 luglio 2002
(G.U. n. 206 del 3 settembre 2002)**

Considerato in fatto

Il Ministero dell'economia e delle finanze - Comando generale della Guardia di finanza - in forza dell'articolo 29 della legge 18 febbraio 1999, n. 28, ha pubblicato, sulla G.U.R.I., parte II, del 25 maggio 2002, n. 122, un bando di gara avente ad oggetto la realizzazione di un programma per la costruzione, l'ammodernamento e l'acquisto di immobili destinati a caserme ed alloggi di servizio. Il bando in sintesi prevede l'affidamento ad un istituto di credito della realizzazione del programma, previo suo finanziamento coperto da contributi pubblici annuali.

A seguito della pubblicazione del suddetto bando di gara, l'ANCE (Associazione Nazionale Costruttori Edili) ha inviato all'Autorità una segnalazione in ordine alla sua legittimità ed il Consiglio dell'Autorità, conformemente a quanto disposto nel suo regolamento di funzionamento, stante il rilievo della questione ed il coinvolgimento di molteplici interessi, ha convocato un'audizione che si è tenuta il 17 luglio 2002. All'audizione hanno partecipato i rappresentanti dell'ANCE, della Guardia di finanza, del Ministero dell'economia e delle finanze e dell'ANIEM (Associazione Nazionale della Piccola e Media Industria Edile ed affini).

In particolare, il Direttore generale dell'ANCE ha ribadito le perplessità, già manifestate nell'esposto inoltrato, in ordine alla mancata previsione nella legge 18 febbraio 1999, n. 28 e successive modificazioni, dell'obbligo della banca di scegliere, ai fini dell'esecuzione del programma *de quo*, un'impresa di costruzioni con qualificazione S.O.A. Ha rilevato che il modello operativo sotteso al bando di gara, data l'entità e la complessità delle opere da realizzare, ha notevoli ripercussioni sul piano giuridico e su quello economico-produttivo, risultando altresì estromesse dal mercato le piccole e medie imprese. Ha inoltre posto in evidenza che vi sono dubbi di natura tecnica in ordine ai criteri di aggiudicazione, in quanto non sarebbe chiaro nel bando se la percentuale di sconto da offrire riguardi solo il tasso di interesse del finanziamento oppure anche le tariffe dei Provveditorati regionali alle opere pubbliche, sulla base dei quali andrebbero determinati i corrispettivi. Ha sottolineato la notevole diversità di queste tariffe e l'impossibilità per i concorrenti di offrire un ribasso medio che andrebbe calcolato ponderando i diversi importi delle opere da realizzare in ogni regione che, invece, al momento dell'offerta risultano non ancora individuate. In sostanza: il contratto non sarebbe a prestazioni corrispettive ma di tipo aleatorio.

Sezione Quarta

L'Ance si è espressa negativamente sulla configurabilità, nella fattispecie in esame, di un appalto di servizi, in base al rilievo che l'acquisto di immobili da destinare a caserme richiede pur sempre opere di ristrutturazione, con costi sicuramente superiori ai valori di acquisto. L'Ance ha, infine, proposto, quale unica possibile soluzione per fare salva la legittimità della procedura di cui si tratta, che il bando prescriva che l'aggiudicatario debba, in fase esecutiva, procedere alla scelta delle imprese esecutrici sulla base di appositi criteri, fra i quali quello di possedere l'attestazione S.O.A., tesi ad assicurare la scelta di imprese commisurate al tipo di lavori da eseguire. Detta associazione ha ritenuto, inoltre, che occorra inserire nella convenzione ulteriori clausole (quali, ad esempio, il divieto di cessione del contratto o il divieto di subappalto), consentendo in tal modo di superare ogni dubbio in ordine alla configurazione di un appalto di lavori piuttosto che di servizi e riconoscendo al contempo l'eccezionalità dell'istituto in oggetto.

Negli stessi sensi si è espressa l'Aniem che peraltro ha prospettato dubbi sulla configurabilità nella fattispecie di un appalto di servizi.

La Guardia di finanza, in risposta ai dubbi esposti, ha dato lettura di una relazione predisposta in occasione dell'audizione. Ha specificato, altresì, che, prima della redazione del bando, erano state contattate la Banca d'Italia e l'ABI, senza che questi enti sollevassero obiezioni circa la possibilità che un istituto di credito realizzi il programma congiuntamente ad un'impresa di costruzioni, e che la legittimità della procedura è stata altresì confermata dal Consiglio di Stato con i pareri allegati alla summenzionata relazione.

In particolare, la Guardia di finanza ha evidenziato:

- a) l'articolo 29 della l. n. 28/99 si limita ad istituire un rapporto bilaterale tra l'amministrazione e l'istituto di credito, al quale resta estranea l'impresa esecutrice;
- b) prevale, inoltre, l'aspetto dei servizi, tenendo altresì conto dell'importo degli interessi passivi che la pubblica amministrazione deve sostenere e che incidono in misura prevalente.

I rappresentanti della Guardia di finanza e del Ministero dell'economia e delle finanze hanno tuttavia ammesso che la l. n. 28/99 e s.m. sia equivoca ed ambigua in ordine alla scelta del soggetto esecutore, dando luogo ad una pluralità di interpretazioni tra loro confliggenti, e hanno altresì mostrato la propria disponibilità a modificare il bando di gara nel senso che sarà indicato dall'Autorità.

Considerato in diritto

L'articolo 29 della legge 18 febbraio 1999, n. 28 dispone: «1. Al fine di assicurare una maggiore efficienza nell'attività di contrasto dei fenomeni dell'evasione fiscale, attraverso una migliore articolazione sul territorio delle strutture del Corpo della Guardia di finanza ed una maggiore mobilità del personale, è autorizzata la realizzazione di un programma per la costruzione, l'ammodernamento e l'acquisto di immobili destinati a caserme ed alloggi di servizio, nonché per lo svolgimento delle relative attività di gestione. 2. Le risorse occorrenti per la realizzazione di detto programma sono reperite attraverso la stipula di apposite convenzioni con una o più

Determinazioni

banche che dispongano di idonee strutture operanti da almeno un quinquennio nel settore immobiliare, con particolare riguardo alle esperienze nella valorizzazione del patrimonio immobiliare, nella conservazione e manutenzione degli immobili e nell'amministrazione del patrimonio, alle quali verrà affidata l'esecuzione del progetto. L'entità delle risorse assicurate dalle banche sarà commisurata ad un piano finanziario di ammortamento compatibile con quanto previsto dal comma 4.».

Ciò posto, va rilevato che la soluzione delle questioni interpretative discusse nell'audizione e di cui alle indicate premesse può rinvenirsi anche senza prendere in esame il problema dell'individuazione della natura del soggetto al quale la legge attribuisce l'esecuzione del programma e del tipo di rapporto intercorrente tra lo stesso e l'amministrazione finanziaria. Il Consiglio di Stato, nel parere in atti dell'Adunanza generale, in data 6 dicembre 2000, n. 1504, ha ritenuto che la norma indicata prevede una sorta di combinazione tra l'istituto del *project financing* (in cui il promotore presenta alle amministrazioni aggiudicatrici proposte di realizzazione di opere pubbliche da finanziare con risorse totalmente o parzialmente con fondi privati) e il *general contractor* (figura di recente introdotta nell'ordinamento interno dalla legge 21 dicembre 2001, n. 443, art. 1, lett. f), che si riferisce all'esecutore il quale assume su di sé l'obbligo di eseguire con qualsiasi mezzo l'opera pubblica corrispondente alle esigenze del soggetto aggiudicatore, garantendo certezza di tempi e di costi e buona esecuzione.

Se infatti il trasferimento all'esecutore del programma dei poteri pubblici relativi alle operazioni giuridiche e materiali concernenti l'esecuzione delle singole opere richiama nuovamente nell'ordinamento italiano un'ipotesi di concessione di servizi (di committenza) quale elaborata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, con la quale, in particolare, in relazione ad attività molto complesse, al concessionario viene fatto carico di svolgere una serie di servizi inerenti anche alle fasi organizzative dell'intervento, dalla progettazione sino allo svolgimento delle gare, alla direzione dei lavori e collaudi (Cons. St. sez. II, 21 dicembre 1994, n. 2698, e sez. IV, 18 gennaio 1996, n. 54), è anche vero che parlare di realizzazione di un programma di costruzione e ammodernamento e di esecuzione del progetto richiama connotati dell'appalto di lavori.

Quel che emerge con certezza, come pure rilevato nell'adunanza generale del Consiglio di Stato, è che l'articolo 29 della l. n. 28/1999 in esame prevede sostanzialmente un procedimento anomalo (rispetto alle modalità ordinarie di esecuzione dei lavori pubblici) per la realizzazione del(l'ivi) programmato intervento.

L'aver stabilito, in particolare, che all'ente finanziatore venga anche affidata l'esecuzione del progetto è stato inteso dall'amministrazione finanziaria come autorizzazione a redigere (come è stato fatto in concreto) il solo programma complessivo dei previsti interventi, rimettendo alla banca o alle banche finanziatrici le attività concernenti la progettazione, l'affidamento, la direzione e la collaudazione dei lavori, per quanto ora interessa, in esso compresi.

Ma questa interpretazione, concretatasi negli atti di gara, non ha trovato risposta nel mercato per cui è da chiedersi se essa sia coerente con la realtà e se per la fattibilità dell'intervento non debba appellarsi a differente costru-

Sezione Quarta

zione, da rinvenirsi in clausole contrattuali che trovano conferma nelle norme dell'Unione Europea. A questo fine è da considerare che nel caso in esame, come pure indicato dalla adunanza generale del Consiglio di Stato, l'esecutore provvede alla realizzazione dei singoli interventi in sostituzione e per incarico (su mandato) dell'amministrazione finanziaria. Diverso problema è, però, stabilire se l'esecutore sia tenuto ad osservare la normativa interna e comunitaria concernente l'esecuzione dei lavori pubblici cui si riferisce il programma. In questa prospettiva non viene in rilievo il riconoscimento (che occorre rendere) dell'autonomia privata di cui gode l'amministrazione. Questa autonomia sussiste nei limiti in cui non sia limitata dalle regole comunitarie concernenti l'esecuzione dei lavori pubblici, la cui applicazione prescinde dalla forma dell'incarico (si possa cioè parlare o meno di contratti meramente privatistici di mandato senza rappresentanza) ed attiene all'attività connessa. La l. n. 29/1999 è norma speciale di deroga alla disciplina della legge quadro (ancorché non ne sia stata prevista esplicitamente questa natura) ma per questa sua natura non può innovare al di là dei termini strettamente ed espressamente in essa indicati. Inoltre si deve dare la prevalenza in sede interpretativa a criteri che rendono applicabili le disposizioni generali se non espressamente derogate.

Rimangono allora fermi l'obbligo di esternalizzazione dei lavori di cui al co. 5-bis dell'art. 2, l. n. 109/1994 e successive modificazioni, nonché a quello per cui l'esecuzione dei medesimi può essere affidata esclusivamente a soggetti dotati di qualificazione e selezionati con gara pubblica, con le limitazioni previste dalla legge per quanto riguarda il subappalto. Questi obblighi di osservanza di detta normativa esistono, ad avviso dell'Autorità, in quanto trovano applicazione le conclusioni alle quali, in data successiva a quella in cui è stato reso l'avviso del Consiglio di Stato, è pervenuta la Corte comunitaria secondo la quale, ai fini dell'osservanza della direttiva 93/37/CEE, non deve essere necessariamente l'amministrazione ad applicare le procedure di aggiudicazione ivi previste, potendo l'effetto utile della direttiva medesima essere ugualmente garantito qualora tale prescrizione sia resa obbligatoria per il privato esecutore (Corte giust. CE, sez. IV, 12 luglio 2001 in causa C-399/98).

È, inoltre, di palmare evidenza che il mancato assoggettamento dell'istituto di credito alla normativa pubblicistica implicherebbe rilevanti pregiudizievoli conseguenze. Basti accennare alla sostanziale elusione dei divieti di subappalto e di cessione del contratto, ben potendo l'impresa incaricata della realizzazione delle caserme cedere liberamente il contratto o subappaltarne una parte al di fuori di qualsiasi vincolo legale. Non soltanto la normativa vigente ma anche l'indirizzo politico legislativo, manifestatosi in occasione dell'esame del "collegato infrastrutture", ed i segnali di pericolo pervenuti dalle sedi competenti per possibili situazioni agevolanti infiltrazioni delinquenziali portano a privilegiare nell'interpretazione il soddisfacimento dell'interesse pubblico a che sia assicurata una continuità di realizzazione dell'opera pubblica e garantita l'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore (principio che risulta derogato solo in presenza di apposite disposizioni, quali ad esempio quelle relative al caso del fallimento dell'appaltatore, che permettono di affidare i lavori al secondo e al terzo classificato nella gara). Contrasterebbe con questa *ratio* un'interpretazione della l. n. 28/99 che consentisse di ritenere che

Determinazioni

l'istituto di credito possa scegliere il soggetto esecutore di lavori pubblici prescindendo dalla normativa pubblicistica vigente.

Deve essere anche tenuto presente che, secondo la comunicazione interpretativa della Commissione Cee del 12 aprile 2000, non è esclusa la configurabilità negli ordinamenti interni degli Stati membri di tipologie di concessioni diverse da quelle di lavori pubblici e caratterizzate dal fatto che tra concessionario e concedente esista una forma di delega interorganica che non esula dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice. Tali concessioni, come del resto ogni atto dello Stato che stabilisca le condizioni cui è soggetta una prestazione di attività economiche, ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (*ex* articoli da 30 a 36) e da 43 a 55 (*ex* articoli da 52 a 66) del Trattato o dei principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte e cioè dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Linea interpretativa, quella indicata, seguita anche dalla giurisprudenza interna, secondo cui «in tema di affidamento, mediante concessione, di servizi pubblici di rilevanza comunitaria, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (ritraibili principalmente dagli articoli 43 e 49 del Trattato CE), nonché dai principi generali che governano la materia dei contratti pubblici (enucleabili dalle direttive in materia di appalti di lavori, servizi, forniture e settori esclusi), impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercé l'utilizzazione di procedure competitive selettive» (Cons. St. sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 253).

Per le considerazioni esposte, ed esplicitando altresì i criteri relativi a possibili pattuizioni della convenzione, si esprime l'avviso che

a) l'articolo 29 della legge 18 febbraio 1999, n. 28 abbia configurato un'ipotesi di un contratto atipico avente ad oggetto il finanziamento e la realizzazione di un programma per la costruzione, l'ammodernamento e l'acquisto di immobili destinati a caserme ed alloggi di servizio del Corpo della Guardia di finanza il cui relativo affidamento è regolato dai principi comunitari di cui agli articoli da 28 a 30 e da 43 a 55 del Trattato.

b) nell'atto di affidamento costituiscono clausole coerenti con la disciplina comunitaria le seguenti previsioni:

1. l'aggiudicatario è assoggettato, per l'attuazione dei singoli interventi cui si riferisce il programma, all'osservanza della normativa comunitaria e nazionale relativa all'esecuzione dei lavori pubblici;
2. la scelta di soggetti esecutori avvenga previa adeguata pubblicità;
3. i soggetti esecutori siano adeguatamente qualificati e siano tenuti, a loro volta, all'osservanza delle disposizioni vigenti in materia di subappalto;
4. il corrispettivo per le prestazioni affidate sia determinato a progettazione esecutiva completata ed approvata, purché siano contrattualmente previsti i criteri per il suo calcolo (per esempio: un riferimento ad un unico elenco prezzi unitari da applicarsi, al netto del ribasso offerto, alle quantità delle varie lavorazioni e forniture risultanti dal progetto esecutivo approvato) e l'affidamento avvenga con uno dei criteri disciplinati dalle normative comunitarie.

**Possibilità di ricorrere a procedure concorsuali anomale difformi
da quelle tipologicamente individuate
nella legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.**

Determinazione del 30 luglio 2002
(G.U. n. 206 del 3 settembre 2002)

Premesso

Sono pervenuti all'Autorità numerosi quesiti riguardanti la legittimità di procedure di realizzazione di opere pubbliche in deroga alle disposizioni contenute nella legge 11 febbraio 1994, n.109 e s.m. I quesiti in particolare fanno riferimento ad alcune gare di appalto, caratterizzate dal fatto che la stazione appaltante affida all'iniziativa privata il compito di realizzare con capitale privato opere pubbliche o di interesse pubblico, previa la vendita del terreno pubblico all'impresa aggiudicataria, con spese a carico dell'impresa medesima, la quale resta proprietaria dell'immobile, con il solo vincolo della destinazione dell'opera al servizio pubblico, e percepisce un canone di affitto da parte dell'amministrazione conduttrice dell'edificio.

Si tratta di modelli giuridici non riconducibili né allo schema della concessione di costruzione e gestione né a quello del *project financing*, atteso che difettano i requisiti caratterizzanti questi istituti (durata della concessione, assenza di progettazione preliminare, inserimento dell'opera nella programmazione triennale, predisposizione di un piano economico finanziario).

In ordine a simili fattispecie, l'Autorità ha espresso i propri avvisi in più occasioni ma, data l'importanza che hanno le questioni sollevate, ritiene opportuno adottare una determinazione che, alla luce di quanto già affermato e di nuove considerazioni, possa costituire un inquadramento generale della problematica in esame.

Considerato

La questione giuridica principale sottesa alle fattispecie in esame consiste nel verificare la legittimazione delle amministrazioni pubbliche a realizzare opere pubbliche o di pubblico interesse mediante schemi procedurali differenti rispetto a quelli specificamente disciplinati dalla legge 11 febbraio 1994, n.109 e s.m.

È basilare principio che l'attività della pubblica amministrazione si correla a norme primarie e secondarie che la finalizzano e la funzionalizzano secondo fasi procedurali tese ad assicurare il perseguimento degli interessi generali, attraverso una ben strutturata sequenza procedimentale che, nel caso di attività contrattuale, è quella dell'evidenza pubblica.

Ne segue che, una volta accertato che l'operazione finalizzata alla realizzazione di un'opera pubblica o di pubblico interesse è qualificabile come lavoro pubblico, ai sensi dell'articolo 2 della l. n. 109/94 e s.m., è la stessa legge

Sezione Quarta

quadro e, più in generale, la normativa pubblicistica in materia, comprensiva altresì delle leggi settoriali concernenti specifici tipi di lavori o di opere pubbliche, alla quale occorre fare riferimento per individuare gli ambiti tipologici entro i quali effettuare la scelta del contratto da utilizzare.

L'articolo 19, comma 1, della l. n. 109/94 restringe espressamente le tipologie contrattuali a due sole ipotesi. Secondo tale norma, infatti, «i lavori pubblici di cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, salvo i lavori in economia di cui all'articolo 24 comma 6». La disposizione contiene, quindi, un'elencazione tassativa dei tipi di contratto ammessi ed esclude, con riferimento alla realizzazione di un lavoro pubblico, l'utilizzazione di differenti moduli negoziali. È, inoltre, significativa l'aggiunta nel testo della norma, ad opera dell'articolo 3, comma 3, della legge 18 novembre 1998, n. 415 dell'avverbio «esclusivamente», con la conseguenza che i due moduli enucleati nella norma costituiscono gli unici strumenti cui è possibile ricorrere, risultando inammissibile che la scelta del tipo contrattuale resti affidata al prudente apprezzamento della pubblica amministrazione, la quale sarebbe in definitiva arbitra di decidere se applicare o meno la legislazione sui lavori pubblici e, quindi, per le opere cosiddette sopra soglia, se sottostare o meno alla concorrenza comunitaria.

La 'legge Merloni', peraltro, vincola la pubblica amministrazione non solo sotto il profilo della scelta del modello contrattuale ma anche in relazione agli ulteriori aspetti afferenti, ad esempio, alla progettazione, ai requisiti dell'impresa realizzatrice, alla direzione dei lavori, al collaudo. Si tratta, infatti, di norme, ulteriormente specificate dai regolamenti contenuti nel DPR 21 dicembre 1999, n. 554 e nel DPR 25 gennaio 2000, n. 34, che hanno natura imperativa e non possono essere derogate dall'autonomia negoziale, proprio perché realizzano l'esigenza di assicurare il perseguimento di interessi pubblici preminenti, quali l'efficienza e l'efficacia, la tempestività, la trasparenza, la correttezza dell'*agere* amministrativo in materia di opere e lavori pubblici e della libera concorrenza tra gli operatori, ai sensi dell'articolo 1 della l. n. 109/94 e s.m.

Ed è pertanto evidente la conseguente inammissibilità di procedure atipiche per la realizzazione di opere pubbliche o destinate ad un pubblico servizio, atteso che il sistema e le modalità prescelti potrebbero avere finalità o quantomeno produrre risultati elusivi della normativa interna e comunitaria in tema di opere pubbliche.

Nel caso di specie, appare evidente che la costruzione di un'opera con caratteristiche predefinite dall'amministrazione per soddisfare specifici interessi pubblici qualifica *ex se* la natura pubblica dell'opera stessa, con la conseguenza che a tale fattispecie si deve applicare la legge quadro sui lavori pubblici.

La fattispecie costruita dall'amministrazione presenta, invece, marcate analogie con l'acquisto di cosa futura, in relazione al quale specificamente è stato affermato dal Consiglio di Stato, con il parere n. 2/2000 reso nell'adunanza del 17 febbraio 2000, che sussistono ben precisi limiti derivanti dalla disciplina pubblicistica che ha procedimentalizzato l'agire della pubblica amministrazione.

Determinazioni

Inoltre, il legislatore ha espressamente previsto la possibilità del concorso finanziario privato ma solo mediante l'uso degli istituti della concessione e del *project financing*, restando escluso il ricorso a qualunque altro strumento giuridico non tipizzato.

Per le considerazioni sopra esposte, si esprime l'avviso che non è consentito realizzare opere pubbliche o di pubblico interesse o destinate ad un uso pubblico mediante schemi procedurali differenti rispetto a quelli specificamente disciplinati dalla legge 11 febbraio 1994, n.109 e s.m., e, più in generale, dalla normativa di settore.

**Valutazione in contraddittorio delle offerte anomale
in caso di lavori di importo superiore a 5.000.000 di euro
ma inferiore al controvalore in euro di 5.000.000 di DSP**

Determinazione del 30 luglio 2002
(G.U. n. 206 del 3 settembre 2002)

Vista la relazione dell'Ufficio affari giuridici

Considerato in fatto

È stata riproposta a questa Autorità la problematica relativa all'applicabilità della valutazione in contraddittorio delle offerte anomale in caso di lavori il cui importo a base d'asta risulti compreso tra la soglia di 5.000.000 di ecu (riclassificata in 5.000.000 di euro ai sensi dell'art. 1, co. 4, DPR n. 554/1999), fissata dall'art. 21, co. 1-*bis*, l. n. 109/1994, e quella del controvalore in euro di 5.000.000 di DSP, stabilita dall'art. 89 del DPR n. 554/1999 e dalle direttive comunitarie.

Ritenuto in diritto

Con riferimento alla differenza fra quanto disposto dal co. 1-*bis* dell'art. 21 della l. n. 109/94 e s.m.i ed il limite indicato dal DPR n. 554/1999, si evidenzia quanto segue:

- a) l'art. 21 della suddetta legge, al comma 1-*bis*, disciplina le offerte anomale, distinguendo gli appalti di lavori «di importo pari o superiore a 5.000.000 di ecu», per i quali è prevista la valutazione delle offerte anomale sulla base delle giustificazioni presentate a corredo dell'offerta economica, e gli appalti di lavori «di importo inferiore alla soglia comunitaria», per i quali è previsto il meccanismo dell'esclusione automatica;
- b) ai sensi dell'art. 1, co. 4, del regolamento di attuazione, approvato con DPR n. 554/1999, «in recepimento della normativa comunitaria successiva alla Legge, gli importi espressi in ecu nella stessa legge devono intendersi espressi in euro» e pertanto il limite fissato dall'art. 21, co. 1-*bis* della l. n. 109/1994 per la valutazione in contraddittorio delle offerte anomale viene riclassificato in 5.000.000 di euro;
- c) il DPR n. 554/1999, all'art. 89, fissa le norme procedurali da seguire in caso di aggiudicazione al prezzo più basso e, a tal proposito, distingue: gli appalti di importo «pari o superiore al controvalore in euro di 5.000.000 di DSP» (fissato, a partire dal 1° gennaio 2002, in euro 6.242.028, secondo quanto stabilito da Ministero delle finanze con comunicazione pubblicata sulla G.U. n. 2 del 3 gennaio 2002), per i quali si procede alla sospensione della gara per la successiva valutazione delle offerte risultate anomale, e quelli «di importo inferiore al controvalore in euro di 5.000.000 di DSP» (fino a euro 6.242.028), disponendo, in tale ultima fattispecie, solo in ordine all'ipotesi di offerte ammesse inferiori a cinque, nel qual caso non si procede ad esclusione automatica, ma a verifica di congruità, se taluna offerta risulta avere carattere anormalmente basso.

Sezione Quarta

Occorre inoltre ricordare che la direttiva 97/52/CEE, allo scopo di assicurare coerenza tra le disposizioni comunitarie in tema di appalti pubblici ed i contenuti dell'accordo concluso a Marrakesh nell'ambito dei negoziati GATT, ha ridefinito la soglia di applicazione della disciplina comunitaria fissata dalla direttiva 93/37/CEE, elevandola da 5.000.000 di ecu al controvalore in ecu/euro di 5.000.000 di DSP.

È chiaro, quindi, che nasce un dubbio interpretativo circa l'applicabilità della valutazione in contraddittorio delle offerte anomale a quegli appalti di lavori il cui importo a base d'asta risulti compreso tra la soglia di 5.000.000 di ecu/euro, fissata dall'art. 21, co. 1-bis, l. n. 109/1994, e quella del controvalore in euro di 5.000.000 di DSP, stabilita dall'art. 89 del DPR n. 554/1999 e dalle direttive comunitarie.

Al riguardo si evidenzia, in primo luogo, che dal quadro normativo sopra delineato emerge chiaramente che il riferimento ai DSP, contenuto nella richiamata direttiva 97/52/CEE, non trova riscontro nella legislazione primaria italiana.

Un espresso riferimento ai DSP, infatti, è presente solo nel citato art. 89 del regolamento di attuazione approvato con DPR n. 554/1999, che contiene, peraltro, un'indicazione frutto di errore materiale per l'inidoneità della sede normativa a modificare precetti della norma primaria, tanto più che la stessa costituiva la fonte dei poteri di delegificazione (regolamento delegato).

Quanto sopra affermato è reso ancora più evidente dalle recenti modifiche apportate all'art. 21, co. 1-bis, della l. n. 109/1994 dal cosiddetto "collegato infrastrutture" (ormai definitivamente approvato ed in corso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale), che ha sostituito il precedente riferimento, ivi contenuto, all'importo pari o superiore «a 5.000.000 di ecu» con il riferimento all'importo pari o superiore «al controvalore in euro di 5.000.000 di DSP», quale soglia per l'applicabilità della valutazione in contraddittorio delle offerte anomale.

Poiché per il principio della irretroattività della legge (art. 11 Disposizioni sulla legge in generale) tale modifica non può che valere per il futuro, si deve logicamente dedurre che, fino all'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 21, co. 1-bis, la soglia di riferimento per l'applicazione della valutazione in contraddittorio delle offerte anomale vigente nell'ordinamento nazionale resta quella di 5.000.000 di ecu/euro.

In tal senso sono orientati i cosiddetti bandi tipo redatti dall'Autorità (pubblicati sul S.O. n. 18 alla G.U. n. 23 del 28 gennaio 2002), che indicano la procedura da adottare relativamente alle offerte individuate quali «anomale» a seconda che si tratti di appalti di importo inferiore a 5.000.000 di euro oppure di importo pari o superiore a 5.000.000 di euro.

Allo stato attuale della legislazione in materia sono pertanto individuabili tre fattispecie:

1. lavori di importo inferiore a 5.000.000 di euro, ai quali si applica l'esclusione automatica delle offerte anomale, salvo l'ipotesi in cui il numero delle offerte valide risulti inferiore a cinque, nel qual caso non si procede ad esclusione automatica ma a verifica di congruità;
2. lavori di importo compreso tra 5.000.000 di euro ed il controvalore in euro di 5.000.000 di DSP (6.242.028 euro), ai quali si applica la valutazione in contraddittorio delle offerte anomale prevista dalle direttive comu-

Determinazioni

- nitare ma non l'obbligo di pubblicazione del bando sulla GUCE;
3. lavori di importo pari o superiore al controvalore in euro di 5.000.000 di DSP (6.242.028 euro), ai quali si applica sia la valutazione in contraddittorio delle offerte anomale sia l'obbligo di pubblicazione del bando sulla GUCE, in conformità a quanto previsto dalle direttive comunitarie.

In base a quanto sopra considerato, si esprime l'avviso che fino all'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 21, co. 1-*bis*, della l. n. 109/1994, come modificato dal cosiddetto "collegato infrastrutture", la soglia di applicabilità della valutazione in contraddittorio delle offerte anomale resta fissata a € 5.000.000, tenendo comunque conto della necessità che, al fine di evitare ogni inconveniente, le stazioni appaltanti abbiano cura di prevedere tale clausola nel bando di gara.

Verbale di aggiudicazione e perfezionamento del contratto

Determinazione del 2 ottobre 2002

(G.U. n. 250 del 24 ottobre 2002)

Premesso

Di interesse generale è la problematica relativa al perfezionamento del rapporto giuridico nei negozi in cui sia parte la pubblica amministrazione, in particolare nell'ambito delle procedure di scelta del contraente privato. Sembra necessario stabilire, al riguardo, quale sia il rapporto tra norme di contabilità dello Stato e norme sui lavori pubblici, e tra norme di azione delle stazioni appaltanti e diritto civile.

Ritenuto in diritto

Occorre richiamare, innanzitutto, l'art. 16, co. 4, del RD 18 novembre 1923 n. 2440, il quale stabilisce: «i processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni effetto legale al contratto».

Ai sensi della suddetta disposizione, quindi, il vincolo contrattuale sorge in coincidenza con la data del processo verbale, in quanto l'aggiudicazione contiene la dichiarazione negoziale della pubblica amministrazione alla quale si ricollega l'effetto della formazione del consenso e di costituzione del rapporto giuridico d'appalto. Il provvedimento di approvazione, invece, è espressione di una potestà di controllo in capo all'organo competente a manifestare la volontà dell'ente, pertanto esterna e successiva al momento di perfezionamento del contratto.

In tal senso, la stipulazione del contratto avrebbe, quindi, un valore meramente riproduttivo della già perfezionata manifestazione di volontà negoziale, rappresentando una mera formalità, fatto salvo il caso in cui dal verbale emerga l'intento della pubblica amministrazione di rinviare la costituzione del vincolo al momento successivo della stipulazione dell'atto.

Tuttavia, occorre rilevare che una simile impostazione — propria del sistema delle norme di contabilità di Stato — oggi non appare più applicabile al sistema degli appalti pubblici né in linea con i rapporti tra pubblica amministrazione ed imprese. Infatti, le norme di contabilità di Stato non costituiscono più la disciplina "normale" degli appalti pubblici, essendo questi ultimi compiutamente regolati dalla l. n. 109/94 e s.m. e dal regolamento attuativo.

Tale affermazione trova conforto nella recente giurisprudenza e, in particolare, in una pronuncia della Corte di Cassazione - sezioni unite - (sent. n. 5807 del 1998) che ha riconosciuto natura meramente dispositiva al co. 4 dell'art. 16 del RD n. 2440/1923; conseguentemente, la pubblica amministrazione, la quale deve compiere una valutazione dell'interesse pubblico, può rinviare, anche implicitamente, la costituzione del vincolo contrattuale al

Sezione Quarta

momento della stipulazione del contratto, fino al quale non sussiste il diritto soggettivo dell'aggiudicatario all'esecuzione dello stesso.

Anche il Consiglio di Stato si è espresso per l'inapplicabilità della disposizione dell'art. 16 sia ai contratti conclusi dagli enti locali sia alle fattispecie di operatività del d.lgs. n. 490/94 in materia di informazioni antimafia. Infatti, lo stesso Consiglio di Stato (sent. n. 4065 del 25 luglio 2001) ha evidenziato come le procedure che la pubblica amministrazione, in applicazione della vigente normativa in materia di lavori pubblici, deve attivare anteriormente alla stipulazione del contratto, e segnatamente le verifiche per l'antimafia, indeboliscono l'assunto di cui al co. 4 dell'art. 16 del RD n. 2440/1923, secondo il quale il verbale di aggiudicazione ha valore di contratto: «la norma stessa deve essere in ogni caso coordinata con la più recente normativa antimafia: con la conseguenza che per i contratti indicati dall'art. 4 del d.lgs. n. 490/94 è sempre necessaria la stipulazione del contratto perché si realizzi il vincolo giuridico contrattuale e sorga dunque il diritto soggettivo dell'aggiudicatario all'esecuzione del contratto stesso».

Detto assunto appare ancor più significativo considerando anche le disposizioni di cui all'art. 10, co. 1-*quater*, della l. n. 109/94 e s.m., che rinviano ad un momento successivo all'atto di aggiudicazione le necessarie verifiche sull'aggiudicatario ai fini della stipula del contratto.

Inoltre, le norme di contabilità di Stato sembrano non trovare più applicazione nell'ambito degli appalti pubblici di lavori, essendo intervenuto il DPR n. 554/99 che, nel titolo VIII, disciplina in maniera analitica la fase del perfezionamento della volontà contrattuale.

L'art. 109, co. 1, del suddetto regolamento, infatti, stabilisce che la stipulazione del contratto deve avere luogo entro sessanta giorni dall'aggiudicazione nel caso di pubblico incanto, licitazione privata ed appalto-concorso ed entro trenta giorni dalla comunicazione di accettazione dell'offerta nel caso di trattativa privata e di cottimo fiduciario. L'inciso «deve stipulare» sembra, dunque, rappresentare un obbligo di stipula del contratto, prescrivendo che lo stesso deve indicare ai soggetti protagonisti della vicenda negoziale le azioni ed i comportamenti da tenere durante il rapporto sinalagmatico. Il momento della stipulazione assume, dunque, una rilevanza ed un carattere fondamentale, realizzando tra i soggetti contraenti un'assoluta parità di diritto.

È dunque con la stipulazione del contratto d'appalto, e non più con il solo verbale di aggiudicazione definitiva, che può considerarsi instaurato il vincolo contrattuale tra le parti.

Occorre aggiungere, inoltre, che nell'attuale sistema normativo, come innovato dal DPR n. 554/99, e come pure affermato da questa Autorità con determinazione n. 54/2000, nella fase immediatamente precedente alla stipula del contratto, la posizione dell'amministrazione appare diversificata rispetto alla posizione del privato contraente. Per quest'ultimo, infatti, esiste un vero e proprio obbligo giuridico di prestarsi alla stipulazione, obbligo che è garantito dalla prestazione della cauzione provvisoria che, in caso di rifiuto alla stipulazione e mancato esercizio della facoltà di recesso, come stabilito dall'art. 109, co. 3, del regolamento, viene incamerata dalla stazione appaltante. Per l'amministrazione, invece, esiste l'obbligo di concludere

Determinazioni

il procedimento attivato, ma la stessa possiede il potere discrezionale in ordine al contenuto della sua determinazione e la facoltà di non addivenire alla stipulazione per motivi di interesse pubblico, non essendo il procedimento ancora concluso.

Tuttavia, dall'esame delle disposizioni regolamentari, si evince che l'amministrazione non può rimanere inattiva ma ha l'obbligo di determinarsi in ordine alla stipula o meno del contratto entro i termini fissati dal legislatore (sessanta giorni o trenta a seconda della procedura). Ciò al fine di evitare che l'impresa — titolare di interessi legittimi (in questa fase) e non di diritti soggettivi — possa permanere in posizione di incertezza.

Pertanto, nel caso in cui l'amministrazione non si determini per la stipula nei suddetti termini, l'aggiudicatario matura il diritto ad essere liberato dall'impegno contrattuale con la restituzione del deposito cauzionale ed il rimborso delle spese contrattuali.

Dalle considerazioni svolte, segue che

- la disciplina degli appalti di lavori pubblici è contenuta nella legge n. 109/94 e s.m. e nel relativo regolamento di cui al DPR n. 554/99;
- la stipulazione del contratto d'appalto, e non il solo verbale di aggiudicazione definitiva, instaura il vincolo contrattuale delle parti;
- l'amministrazione ha l'obbligo di determinarsi in ordine alla stipula del contratto entro i termini fissati dal legislatore nell'art. 109, co. 1, del DPR n. 554/99.

**Bandi per l'affidamento di incarichi di progettazione
che fissano termini incongrui per la prestazione**

Determinazione del 2 ottobre 2002

(G.U. n. 257 del 2 novembre 2002)

Considerato in fatto e in diritto

L'Autorità, nell'espletamento dei compiti ad essa demandati dalla legge 11 febbraio 1994 n. 109, ha avuto modo di accertare come le stazioni appaltanti tendano con una certa frequenza a stabilire negli avvisi e nei bandi per l'affidamento di incarichi di progettazione termini estremamente ristretti per l'espletamento della prestazione professionale.

Tali termini appaiono a volte assolutamente incongrui, in relazione al livello di definizione, previsto dall'art. 16 della l. n. 109/94, per le diverse fasi progettuali (a volte vengono indicati 10-15 giorni per la redazione della progettazione definitiva).

Pur rilevando come nulla venga esplicitamente stabilito al riguardo dalle attuali disposizioni di legge, tuttavia è evidente che detti termini di fatto:

- costituiscono una limitazione della partecipazione dei professionisti, stante la estrema difficoltà di produrre in tempi troppo stretti gli elaborati progettuali previsti, contrariamente al principio generale di favorire la massima partecipazione e la concorrenza tra gli stessi;
- determinano la redazione di progetti di qualità carente, soprattutto privi di adeguate indagini e rilievi preventivi, e che possono pertanto presentare difficoltà in fase di esecuzione.

Il ricorso a tempi così brevi per la redazione della progettazione viene generalmente giustificato dalle stazioni appaltanti con l'urgenza determinatasi per poter accedere ai finanziamenti.

È però da osservare come nella stragrande maggioranza dei casi l'urgenza si determini per effetto di una precedente inerzia dell'amministrazione e, pertanto, deve ritenersi "indotta".

In base a quanto sopra considerato si rileva:

- l'urgenza rappresentata dalle stazioni appaltanti in ordine a bandi per l'affidamento di incarichi di progettazione, che stabiliscono termini oggettivamente ristretti per la prestazione, non può, se non sorretta da motivazioni adeguate e riferite a evenienze concrete e comprovate, giustificare da sola il contrasto evidente di questa scelta con il principio di favorire la massima partecipazione e concorrenza tra i professionisti;
- come per le ipotesi di ricorso alla trattativa privata nei casi di finanziamenti per la realizzazione di opere con termini ristretti per l'affidamento (determinazione n. 18/2002), sussiste la necessità che gli enti finanziatori attuino tutte le iniziative atte a disincentivare il ricorso a procedure di urgenza nell'affidamento della progettazione, anche in relazione ai termini stabiliti per lo svolgimento della prestazione professionale;

Sezione Quarta

- è necessario che gli stessi enti effettuino un attento controllo del livello qualitativo dei progetti presentati in termini ristretti e sviluppati per ottenere il finanziamento e non ritengano idonee, in particolare, progettazioni prive di adeguati rilievi ed indagini, la cui mancanza può determinare, in fase di esecuzione, sostanziali modifiche delle previsioni tecniche ed economiche, con conseguenti oneri spesso rilevanti.