

Volume II

DETERMINAZIONI

PAGINA BIANCA

Determinazione n. 1/2004

Ordinanze sindacali contingibili ed urgenti per motivi di sicurezza pubblica (14 gennaio 2004)

Considerato in fatto

Sono pervenute all'Autorità alcune segnalazioni relative ad affidamenti di lavori pubblici in deroga alla disciplina normativa e regolamentare di settore, mediante l'adozione da parte del sindaco di ordinanze contingibili ed urgenti per motivi di sicurezza pubblica, ai sensi del D. Lgs. 18 agosto 2000 n. 267.

Ritenuto in diritto

La problematica relativa alle ordinanze contingibili ed urgenti è stata già esaminata da questa Autorità nelle determinazioni nn. 20 del 30 luglio 2002 e 21 del 5 aprile 2000.

Nella prima è stato affermato che simili provvedimenti “*possono derogare alle ordinarie disposizioni vigenti in tema di lavori pubblici, ma, proprio perché consegue ad una situazione eccezionale, tale deroga non può permanere sine die, ma deve essere necessariamente limitata nel tempo e circoscritta alla persistenza della menzionata situazione*” e che “*le ordinanze adottate per l'attuazione degli interventi di emergenza, al verificarsi di eventi di calamità naturali, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare (...)*”.

Nella seconda, invece, è stato precisato che “*le ordinanze di un Commissario di Governo per la protezione civile, adottate sulla base di una potestà di ordinanza che consente di derogare alle norme vigenti, non possono discostarsi dai principi generali e debbono inoltre contenere specifica motivazione e indicazione delle norme a cui derogano (...)*”.

Quanto sopra in conformità alle disposizioni normative di cui alla legge n. 225/1992 che, all'art. 5, comma 2, stabilisce che le ordinanze in questione devono essere adottate “*nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico*”.

Con particolare riferimento all'esercizio di un siffatto potere da parte del Sindaco, occorre individuarne i limiti e le modalità di estrinsecazione.

Al riguardo, deve in primo luogo rilevarsi che il quadro normativo di riferimento è principalmente costituito dal D.Lgs. 18/08/2000 n. 267 (T.U.E.L.) che all'art. 50 (competenze del sindaco e della provincia), comma 5, stabilisce che “*(...) in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale (...)*”, mentre all'art. 54 (attribuzioni del sindaco nei servizi di competenza statale), dispone che “*il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali del-*

l'ordinamento giuridico, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini; per l'esecuzione dei relativi ordini può richiedere al prefetto, ove occorra, l'assistenza della forza pubblica".

Dal combinato disposto delle due norme sopra richiamate, emerge che l'esercizio del potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti attribuito al sindaco, trova il presupposto nella necessità di provvedere con immediatezza in ordine a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile, cui non si potrebbe far fronte mediante ricorso agli strumenti ordinari apprezzati dall'ordinamento (Cons. Stato, 4 febbraio 1998, n. 125).

Simili provvedimenti, appartengono, pertanto, alla categoria delle ordinanze *extra ordinem* c.d. 'di necessità', la cui adozione è giustificata e legittimata dal verificarsi di una situazione sopravvenuta, che presenti il carattere dell'eccezionalità - come un evento naturale straordinario (terremoto, inondazione, incendio, epidemia, ecc.) - per cui si impone di provvedere con l'urgenza, incompatibile con i tempi connaturali alla rigorosa osservanza della normativa in materia (Cons. Stato, 23 gennaio 1991, n. 63; Cons. Stato, 11 aprile 1990, n. 369; Cons. Stato, 21 dicembre 1984, n. 960).

I presupposti per l'adozione dei provvedimenti *de quibus* possono essenzialmente essere individuati nell'urgenza (indifferibilità dell'atto dovuta alla situazione di pericolo inevitabile che minaccia gli interessi pubblici), nella contingibilità (intesa come straordinarietà, accidentalità ed imprevedibilità), nella temporaneità (che attiene agli effetti del provvedimento in relazione alla cessazione dello stato di necessità).

Al riguardo, si evidenzia che la dottrina qualifica le ordinanze di cui si tratta come provvedimenti amministrativi che, in quanto previsti dalle norme, stanno nel principio di legalità, ma costituiscono un'eccezione rispetto alla regola della tipicità; quella di ordinanza è pertanto la potestà di creare provvedimenti atipici al di fuori della previsione normativa e necessariamente derogatori, sebbene non contraddistinti da un'assoluta libertà di scelta.

Esistono, infatti, dei *limiti* che dottrina e giurisprudenza, ma anche la stessa normativa (come sopra illustrato) sostanzialmente individuano nei principi generali dell'ordinamento, i quali non possono assolutamente essere messi in discussione. In altre parole, stante il principio generale di gerarchia delle fonti, le ordinanze non possono derogare alla costituzione ed alle norme imperative primarie, ma possono interagire con quelle dispositive o suppletive, proprio in base ai principi generali che in rapporto a queste consentono maggiori possibilità di intervento.

Altri limiti, sono stati ravvisati dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale nei canoni della ragionevolezza, della proporzionalità tra il provvedimento e la realtà circostante, dell'obbligo di motivazione e dell'eventuale pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non sia a contenuto individuale, infine nell'indicazione di un preciso termine finale, non essendo configurabili effetti di durata indefinita, in quanto un'efficacia *sine*

die contrasterebbe con il carattere eccezionale e temporaneo del provvedimento.

Osserva, infatti, la Corte Costituzionale che il potere di deroga alla normativa primaria conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza ha carattere eccezionale ed esige la sussistenza di un nesso di congruità e proporzione tra la qualità e la natura dell'evento calamitoso e le misure concretamente adottate per fronteggiarlo. Il suddetto nesso di strumentalità è dunque principio materiale al cui rispetto deve comunque piegarsi il potere di ordinanza e soltanto la sua sussistenza può giustificare la deroga di atti normativi primari quali le leggi fondamentali in materia di urbanistica, edificabilità dei suoli, lavori pubblici ed espropriazione. Tali leggi, inoltre, non possono essere derogate nella loro interezza, ma occorre indicare le parti la cui efficacia è sospesa per il tempo necessario ad affrontare l'emergenza (Sent. 14 aprile 1995 n. 127).

Pertanto, le ordinanze che consentono la deroga ad interi corpi normativi, devono ritenersi illegittime (Cons. Stato, 3 febbraio 1998 n. 197).

Da quanto sopra deriva che i limiti al potere derogatorio delle ordinanze contingibili ed urgenti, vanno individuati essenzialmente nei principi generali dell'ordinamento, nei canoni della ragionevolezza, della proporzionalità tra il provvedimento e la realtà circostante, dell'obbligo di motivazione, dell'indicazione del termine finale, dell'indicazione delle specifiche disposizioni derrogate.

I suddetti canoni di ragionevolezza inducono a ritenere che tra le norme della legge quadro sui lavori pubblici, possono essere derogate solo quelle attinenti alla scelta del contraente ed all'assegnazione del relativo contratto, e non quelle riguardanti il controllo e la vigilanza sull'esecuzione dei lavori, mancando il nesso di strumentalità tra esigenza di tempestivo intervento e procedimento di controllo secondo la normativa vigente.

Le considerazioni che precedono assumono rilievo anche in ordine alla disciplina degli affidamenti di lavori nei casi di urgenza, prevista nella legge quadro e nel relativo regolamento di attuazione.

Al riguardo, infatti, deve osservarsi che la materia degli affidamenti diretti per motivi di urgenza, in deroga alle normali procedimenti d'evidenza pubblica, è regolata dalle seguenti disposizioni normative:

- art. 24 della legge quadro - trattativa privata;
- art. 146 del DPR 554/99 - lavori d'urgenza, condotti in economia dalla S.A.;
- art. 147 del DPR 554/99 - provvedimenti in casi di somma urgenza.

Diversi sono, pertanto, gli strumenti che il legislatore mette a disposizione delle Amministrazioni per fronteggiare situazioni di urgenza, legate a pericoli imminenti, tali da non consentire l'indugio degli incanti.

L'ordinanza contingibile ed urgente, emanata dal sindaco ai sensi del D.Lgs. n. 267/00, potrebbe, quindi, rappresentare un presupposto per i successivi affidamenti a trattativa privata o in economia nell'alveo delle procedure dettate dall'art. 24 della Merloni e dall'art. 146 del Regolamento.

Al riguardo, tuttavia, deve osservarsi che il potere derogatorio delle ordinanze in esame, incontra i limiti sopra delineati, potendo quindi, essere esercitato anche nei confronti di specifiche disposizioni della normativa sui lavori pubblici.

Conseguentemente, pur essendo previste, nella suddetta normativa, apposite procedure per l'affidamento dei lavori per motivi di urgenza, più snelle rispetto ai normali procedimenti d'evidenza pubblica, si ritiene che anche nei confronti delle stesse possa operare il potere derogatorio *de quo*, purché le relative norme siano espressamente indicate nell'ordinanza.

Resta fermo, tuttavia, che le procedure d'urgenza di cui alla legge quadro ed al relativo regolamento, possono comunque trovare applicazione qualora l'Amministrazione ritenga di poter far fronte alla situazione di eccezionalità mediante ricorso alle stesse e purché ricorrano i presupposti normativamente previsti per le medesime.

Infine, occorre evidenziare in ossequio al principio della separazione fra politica ed amministrazione, che ha trovato piena attuazione nel D.Lgs. n. 267/00 (TUEL), mentre compete al sindaco l'emanazione dell'ordinanza contingibile ed urgente, saranno i singoli dirigenti, *ratione materiae*, a darvi attuazione mediante adozione dei provvedimenti di propria competenza.

Ai sensi dell'art. 107 del TUEL, infatti, le competenze dei dirigenti vengono estese a tutti gli atti di gestione e a quelli di carattere amministrativo, uniformandosi al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è ad essi attribuita mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali nonché l'adozione degli atti e dei provvedimenti amministrativi.

Dalle considerazioni svolte segue che:

- l'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti da parte del sindaco, contenenti deroghe alla normativa sui lavori pubblici, incontra dei limiti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, dei canoni di ragionevolezza e di proporzionalità tra il provvedimento e la situazione oggettiva considerata, dell'obbligo di motivazione, dell'indicazione del termine finale e delle specifiche disposizioni derivate;
- il potere derogatorio delle ordinanze contingibili ed urgenti, non può essere esercitato nei confronti delle norme riguardanti il controllo e la vigilanza sull'esecuzione degli stessi, mancando il nesso di strumentalità tra esigenza di tempestivo intervento e procedimento di controllo secondo la normativa vigente.

Determinazione n. 2/2004

Contemporanea partecipazione alle gare di un consorzio di cui all'articolo 10, comma 1, lettera b), della legge n. 109/94 e successive modificazioni e dei suoi consorziati

(10 marzo 2004)

Considerato in fatto

L'ANIEM, ha chiesto a questa Autorità alcuni chiarimenti in ordine alla determinazione n. 18 del 29 ottobre 2003, in materia di *"problematiche relative ai consorzi stabili (art. 12 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni)"*.

Nella suddetta determinazione è stato osservato che la contemporanea partecipazione del consorzio stabile e di un proprio consorziato alla medesima procedura di gara, qualora negli organi amministrativi del primo siano presenti titolari o rappresentanti o direttori tecnici del secondo, potrebbe determinare una situazione di collegamento sostanziale, con il conseguente divieto, ove ricorrono le predette circostanze, di contemporanea partecipazione alla stessa procedura selettiva per i suddetti concorrenti.

L'ANIEM condividendo la posizione dell'Autorità, osserva tuttavia che la situazione di collegamento sostanziale come sopra delineata, può determinarsi non solo per i consorzi stabili, ma anche per i consorzi di cui all'art. 10, comma 1, lett. b) della legge n. 109/94 e s.m., per i quali dovrebbe ugualmente operare, in presenza degli illustrati presupposti, l'inibitoria alla partecipazione alle gare.

Alla luce di quanto sopra, l'ANIEM ha richiesto all'Autorità se l'ambito applicativo di tale prescrizione debba intendersi genericamente riferito a tutti i tipi di consorzi oppure solo ed esclusivamente ai consorzi stabili.

Ritenuto in diritto

Nella citata determinazione n. 18/2003, con esplicito riferimento ai consorzi stabili, oltre al divieto di partecipazione per quei consorziati per i quali il consorzio concorre, è stato stabilito che *"non possono partecipare, in via autonoma, alle gare cui partecipa il consorzio stabile quei consorziati i cui titolari, rappresentanti e direttori tecnici siano presenti nell'organo amministrativo del consorzio"*, atteso che la contemporanea partecipazione del consorzio e del consorziato, ove ricorra una delle circostanze sopra illustrate, potrebbe configurare una situazione di collegamento sostanziale.

Al fine di stabilire se una simile prescrizione possa trovare applicazione anche nei confronti dei consorzi di società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e s.m. e dei consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443, di cui all'art. 10,

comma 1, lettera *b*), della legge n. 109/94 e s.m., deve in primo luogo osservarsi, in linea generale, che ai sensi dell'art. 10, comma 1 *bis*, della legge stessa *"non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile"*.

La disposizione sopra richiamata, come più volte evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, va considerata come norma di ordine pubblico economico, anche alla luce dell' art. 41 della Costituzione, che tutela la libertà di iniziativa economica privata; la norma *de qua* tutela, infatti, il libero confronto tra le offerte, in quanto la correttezza e la trasparenza della gara possono essere pregiudicate dalla presentazione di offerte che, seppur provenienti da imprese diverse, sono riconducibili ad un medesimo centro di interessi.

In altre parole, il rispetto dei principi fondamentali della *par condicio* e della segretezza dell' offerta, posti a garanzia della regolarità della procedura concorsuale nell' interesse sia della pubblica amministrazione sia dei singoli concorrenti, postula necessariamente che fra questi ultimi non sussista una relazione idonea a consentire un flusso informativo in merito alla fissazione dell' offerta ovvero agli elementi valutativi della stessa. Ne discende che vanno esclusi dalla gara i concorrenti che si trovino in una situazione di intreccio degli organi amministrativi o di rappresentanza o tecnici tali da far sì che non vi siano le condizioni di trasparenza indispensabili per assumere l'autonomia e la segretezza delle offerte presentate da ciascuna ditta (Consiglio di Stato, sez. VI, 15/07/1998, n. 1093).

In ordine alla disposizione in esame, peraltro, sembra opportuno richiamare anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V del 01/07/2002, n. 3601), ai sensi della quale nell'art. 10, comma 1 *bis*, della legge n. 109/94 e s.m., il riferimento alle imprese, anziché alle sole società che la norma del codice contempla, consente di ritenere che si deve aver riguardo agli effetti delle situazioni che la stessa disposizione definisce per individuare i rapporti di controllo. La possibilità di applicare a qualsiasi impresa la verifica di una situazione di controllo, e perciò anche ad altre società di capitali, alle società di persone o agli imprenditori individuali, non già alle sole società cui specificamente ha riguardo l'art. 2359, fa giustamente concludere che quel che la legge n. 109/1994 e s.m. prende in considerazione è il fatto che, in virtù degli incroci di partecipazione e di interessi sussistenti, si rilevi l'esistenza di un unico centro decisionale, corrispondente a quello, che con la maggioranza dei voti, con l'influenza dominante o con particolari vincoli contrattuali, si avvera nelle predette società. Le forme e le misure di possesso di azioni, di quote o di partecipazioni in genere, l'esistenza di patti parasociali, la collocazione di soggetti negli organi di amministrazione possono avvenire a vario titolo. Quel che assume rilievo, ai fini della partecipazione alle suddette procedure, è che non vi sia riferibilità ad una medesima persona, ad un medesimo gruppo di persone o ad una medesima società delle decisioni formalmente attribuibili ad entità diverse.

Tali rilievi si mostrano coerenti con altre disposizioni della medesima legge n. 109/1994 e s.m.

Sussistono, infatti, i divieti recati dall'art. 12, comma 5, e 13, comma 4, della legge stessa di plurime partecipazioni alle procedure di affidamento di lavori pubblici. Essi sono vigenti per il consorzio stabile e i suoi consorziati,

ma anche per tutti i concorrenti (art. 13), in quanto inibiscono di partecipare alle gare in più di un'associazione temporanea o consorzio oppure in questi ed in forma individuale.

Si tratta di norme ispirate alla trasparenza, e che mirano a rimuovere il rischio di procedure inquinate da accordi che possono influenzare le offerte, con pregiudizio dell'interesse pubblico al miglior risultato ottenibile, se garantito da una concorrenza piena, e quindi da una vera parità di condizione fra i vari offerenti; che tendono a scongiurare la concreta possibilità che partecipazioni plurime rechino pregiudizio alla segretezza delle offerte.

Da tutto quanto sopra, può ritenersi quanto segue.

L'art. 10 della legge quadro, dopo aver elencato al comma 1, i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei lavori pubblici (imprese, individuali, società, consorzi, associazioni temporanee), stabilisce, al successivo comma 1 bis, che i concorrenti non devono trovarsi in una delle situazioni di cui all'art. 2359 c.c.; situazioni che includono, secondo le indicazioni della giurisprudenza amministrativa, le ipotesi di intreccio degli organi amministrativi o di rappresentanza o tecnici, tali da far sì che non vi siano le condizioni di trasparenza indispensabili per assumere l'autonomia e la segretezza delle offerte presentate da ciascuna ditta.

In sostanza, il divieto è posto con riferimento a *tutti* i concorrenti, siano essi singoli o associati o consorziati, a prescindere dalla tipologia di consorzio prescelta.

Sulla base delle considerazioni svolte, l'Autorità è dell'avviso che:

- il divieto di contemporanea partecipazione alla medesima gara dei consorzi e dei consorziati, in caso di intreccio degli organi amministrativi o di rappresentanza o tecnici tale da determinare l'ipotesi di collegamento sostanziale, di cui all' art. 10, comma 1-bis della legge 109/94 e s.m., opera quale norma di ordine pubblico a tutela dei principi di par condicio dei concorrenti, libera concorrenza, trasparenza e correttezza delle offerte, oltre che per i consorzi stabili, anche per i consorzi di società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e s.m. e per i consorzi tra imprese artigiane costituiti a norma della legge 8 agosto 1985, n. 443.

Determinazione n. 3/2004

Appalti di progettazione e di supporto alla progettazione (21 aprile 2004)

Premesso

L'OICE (Associazione delle organizzazioni d'ingegneria, architettura e consulenza tecnico-economica), con nota del 20 dicembre 2002, chiedeva a questa Autorità di vigilanza sui lavori pubblici di valutare la legittimità di alcune procedure adottate dall'Anas per l'affidamento di servizi di supporto alla progettazione preliminare di lavori relativi ad alcuni collegamenti via-ri. L'associazione rappresentava, in particolare, che le prestazioni poste a base di gara, anche se definite di supporto, costituivano, in realtà, una vera e propria attività di progettazione preliminare; dal che il sospetto che si operasse con violazione o elusione delle norme previste dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni e dal DPR 21 dicembre 1999, n. 554, concernenti l'affidamento al fine, tra l'altro, di non applicare le tariffe professionali per i compensi dovuti ai progettisti.

L'ANAS, dal canto suo, faceva presente che le opere da realizzare, ed alle quali si riferivano i bandi emanati, erano comprese nel programma d'infrastrutture strategiche d'interesse nazionale, approvato con delibera CIPE del 21 dicembre 2001, e quindi ricadevano nell'ambito di applicazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443 e relativo decreto legislativo attuativo 20 agosto 2002, n. 190. Per tali opere l'ente aveva provveduto ad elaborare i relativi studi di fattibilità e, in alcuni casi, aveva sviluppato la progettazione di livello preliminare; tuttavia, al fine di garantire un più idoneo livello di dettaglio ai progetti, aveva ritenuto necessario procedere alla relativa integrazione e completamento, ed in tale prospettiva si era dotato di una struttura di progettazione interna cui affidare lo sviluppo ulteriore dei progetti, ed al contempo aveva indetto una gara per acquisire apporti professionali esterni occorrenti all'implementazione del detto ufficio di progettazione interna.

A seguito di audizione delle parti interessate, che confermavano le rispettive posizioni, e del Consiglio Nazionale degli Ingegneri, che rappresentava la necessità del rispetto delle tariffe professionali, il Consiglio dell'Autorità, stante la rilevanza generale della questione e le implicazioni che potevano derivare dall'adottanda soluzione, nella riunione del 02/04/2003, decideva di acquisire il parere del Consiglio di Stato, che, dopo una richiesta istruttoria in data 18 giugno 2003, esprimeva l'avviso (Consiglio di Stato - Sezione Seconda - 17 dicembre 2003, n. 4904/03) che, nel sistema delineato dalla legge n. 109/1994, l'attività di progettazione è tendenzialmente unitaria, laddove quella di supporto ed accessoria alla stessa è frazionabile e scindibile in tante quante sono le tipologie di atti necessitanti di competenze spe-

cifiche per il loro espletamento. Nel caso sottoposto al suo esame, il Consiglio di Stato riteneva che gran parte delle attività richieste nei bandi di gara predisposti dall'Anas rappresentavano espressione di tipica attività progettuale, di natura creativa e non solo ricognitiva o valutativa dell'esistente e quindi di semplice supporto alla progettazione stessa.

Successivamente, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 14 aprile 2004, al fine di verificare la coerenza dell'iniziativa dell'ANAS sia con le regole normative che con i criteri di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, ha assunto la seguente determinazione.

Considerato

Le questioni sollevate dall'esponente, discusse in sede di audizione sono state oggetto del parere del Consiglio di Stato, citato in premessa, per l'avvertita esigenza di acquisire, oltre che l'avviso dell'organo consultivo sulla interpretazione delle regole normative, anche i dati che potevano essere in possesso dello stesso in ordine alle realtà amministrative che possono emergere nello svolgimento della funzione di consulenza.

Risulta, in base all'acquisto parere confermato il percorso interpretativo, di cui era consapevole l'Autorità e che puntualizza quella che può definirsi la valutazione letterale e logica delle disposizioni vigenti in materia.

In coerenza, possono confermarsi le proposizioni relative alla esatta definizione del concetto tecnico-giuridico di progettazione ed ai soggetti abilitati a norma di legge a svolgere tale attività.

Per quanto concerne il contenuto del concetto di progettazione in senso proprio occorre far riferimento all'articolo 16 della legge n. 109/1994 e s.m., come successivamente modificato sia dalla legge 18 novembre 1998, n. 415 sia dalla legge 1 agosto 2002, n. 166, nel quale viene definita e qualificata l'attività di progettazione, che si articola secondo tre successivi livelli di approfondimenti tecnici, in *preliminare, definitiva ed esecutiva*.

Come già affermato da questa Autorità in propri precedenti atti (*in particolare, determinazione n. 4/2001*), la disciplina in tale materia costituisce uno degli aspetti peculiari e più innovativi della legge n. 109/94 n. e s.m. che anche i successivi interventi emendativi o con carattere di novella non hanno posto in discussione. L'attività di progettazione ha, quindi, assunto carattere di cardine fondamentale della riforma operata dalla legge n. 109/1994 e s.m. ed il progetto, che ne è il risultato finale, ha un ruolo decisivo e di centralità nel complessivo procedimento di realizzazione delle opere pubbliche.

La progettazione, inoltre, si presenta come funzionale ad una serie di esigenze quali la tutela ambientale, la difesa del suolo, la sicurezza dei cantieri, la pianificazione urbanistica; di qui la necessità di avere un contesto normativo di riferimento organico e ben definito.

Mentre, quindi, in passato era previsto che la progettazione fosse redatta soltanto in due livelli di definizione tecnica (*massimo ed esecutivo*) ora, invece, in almeno tre (*preliminare, definitivo ed esecutivo*). Inoltre il legislatore della legge n. 109/1994 e s.m., nel proceduralizzare le attività di progettazione, ha reso, a differenza degli anni precedenti, molto più stringenti e puntuale le regole sulla materia e con ciò le ha, di conseguenza, allineate a quelle vigenti in altri Stati appartenenti all'U.E.

La vera novità è, quindi, costituita dalla strutturazione della progettazione in tre livelli di definizione tecnica, i cui contenuti ed elaborati sono puntualmente definiti dalla legge all'art. 16 commi 3, 4, 5 della legge n. 109/1994 e s.m. e negli artt. da 18 a 45 del DPR n. 554/1999.

Per quanto riguarda la individuazione dei soggetti cui è possibile affidare l'attività di progettazione essa è contenuta nell'art. 17 della legge n. 109/1994, come successivamente modificato e integrato. In tale articolo è specificata la disciplina per l'effettuazione non solo delle attività di progettazione, ma anche di quelle di direzione dei lavori, e delle relative prestazioni accessorie.

In particolare per il tema che si sta esaminando sono significativi i commi 10, 11, 12 e 14-*quinquies* del suddetto articolo 17.

Il comma 10 prevede che per l'affidamento di incarichi di progettazione di importo pari o superiore alla soglia comunitaria in materia di appalti pubblici di servizi, si applicano le disposizioni del D.Lgs. n. 157/1995 ovvero del D.Lgs. n. 158/1995. Il comma 11 stabilisce che per l'affidamento di incarichi di progettazione il cui importo stimato sia compreso tra €.100.000 e la soglia comunitaria in materia di appalti pubblici di servizi, il regolamento disciplina le modalità di aggiudicazione che le stazioni appaltanti devono rispettare, in alternativa alla procedura del pubblico incanto, in modo che sia assicurata adeguata pubblicità agli stessi e siano contemplati i principi generali di trasparenza e buon andamento con l'esigenza di garantire la proporzionalità tra le modalità procedurali e il corrispettivo dell'incarico. Il comma 12 dispone che per l'affidamento di incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori il cui importo stimato sia inferiore a €.100.000 le stazioni appaltanti per il tramite del responsabile del procedimento possono procedere all'affidamento ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f), e g) di loro fiducia, previa verifica dell'esperienza e della capacità professionale degli stessi e con motivazione della scelta in relazione al progetto da affidare.

Particolarmente rilevante è poi il comma 14-*quinquies*, che per gli incarichi a estranei all'amministrazione pone un divieto almeno parziale al subappalto, col sancire che in tutti gli affidamenti di incarichi di progettazione l'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per talune attività quali le *indagini geologiche, geotecniche e sismiche, i rilievi, le misurazioni, le picchettazioni, la predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con l'esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la*

sola redazione grafica degli elaborati progettuali, rimanendo comunque ferma la responsabilità del progettista.

Il progetto di un'opera o di un lavoro pubblico, in termini generali, è, quindi, l'espressione – in termini grafici, descrittivi, tecnici e tecnologici – della risposta del progettista alla domanda del committente, quale è definita nel *documento preliminare alla progettazione*. La progettazione consiste, pertanto, in un insieme di attività tra loro coordinate, intese a tradurre le esigenze della committenza in un progetto contenente puntuale prescrizioni operative per l'esecutore. È costituita da disegni, relazioni, tabelle, specifiche tecniche e calcoli, che concorrono a definire la forma, la dimensione, le caratteristiche e le modalità d'esecuzione dell'intervento richiesto e ne individua i costi. Come, quindi, rilevato dal Consiglio di Stato, costituisce opera dell'ingegno di carattere creativo, originale ed innovativo, di contenuto complesso (*grafico, relazionale, espositivo*), che descrive e rappresenta l'opera da eseguire come concepita dal suo autore, cioè il progettista, a mezzo di atti definiti *soluzioni, elaborati, scelte*, ciascuno rappresentativo di una trasposizione documentale dell'idea progettuale.

Nel sistema della legge-quadro n. 109/1994 viene, in sostanza, preso atto che l'attività di progettazione si svolge sempre attraverso progressivi sviluppi dell'idea progettuale. La stessa è rigorosamente disciplinata come un vero e proprio procedimento. La legge ed il relativo regolamento generale d'attuazione individuano i contenuti degli elaborati descrittivi e grafici che sono necessari per ritenere i singoli progetti adeguatamente sviluppati nei rispettivi livelli di approfondimento. Di modo che i livelli medesimi costituiscono individuazione dei necessari contenuti documentali attraverso i quali prende corpo e progressivamente si sviluppa l'idea progettuale, e la cui redazione è rimessa all'elaborazione dei progettisti.

La legge stabilisce, inoltre, a quali soggetti, a quali condizioni e con quali modalità devono essere affidate le prestazioni relative alla progettazione nonché agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile unico del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale. Dal che si evince una differenziazione tra l'attività di progettazione vera e propria e quella, ad essa preparatoria, di supporto al responsabile del procedimento e al dirigente addetto al programma triennale.

E' stabilito, poi, che, tendenzialmente, l'attività di progettazione debba essere affidata a personale interno dell'amministrazione, potendosi disporre l'affidamento a professionisti esterni soltanto in casi documentati e comprovati di carenza di organico o di particolare complessità e rilevanza del progetto, e, come già detto, che l'affidatario esterno dell'incarico non può ricorrere al subappalto, fatta eccezione per le attività prima indicate.

Da ciò può desumersi, sempre relativamente agli incarichi ad estranei all'amministrazione, la sottintesa previsione dell'indivisibilità della stessa, per la necessaria responsabilizzazione dei soggetti che svolgono attività sostitutiva di uffici dell'amministrazione. Perciò l'art. 17 della legge n.

109/1994, nel testo modificato dalla legge 18 novembre 1998, n. 415, ha espunto il riferimento ad un distinto affidamento di *parte* della progettazione e ne preclude il frazionamento, con conseguente abrogazione, fra l'altro, del disposto di cui al DM 15 dicembre 1955, n. 2608, *disciplinare - tipo per il conferimento di incarichi a liberi professionisti per la progettazione e direzione di opere pubbliche*, che tale frazionamento, invece, consentiva, prevedendosi la facoltà di affidare all'esterno singole *parti* del progetto e congiuntamente la progettazione a professionisti esterni ed a professionisti interni, con il pagamento in tali casi di una tariffa professionale ridotta al 40%. Questa modifica si collega anche alla valorizzazione delle società di ingegneria che nell'ambito della concreta attività di progettazione possono, ovviamente, organizzare i supporti personali per la sua realizzazione.

Sulla base di queste indicazioni interpretative di carattere generale, per valutare i criteri organizzativi ammissibili nell'attività di progettazione svolta dagli uffici delle amministrazioni occorre considerare che in essa confluiscono: quella che può denominarsi progettazione in senso proprio, che consiste in quell'opera dell'ingegno di carattere creativo, originale ed innovativo, di contenuto complesso; quelle attività che accedono all'ideazione progettuale e che sono da svolgere secondo indicazioni e criteri stabiliti in sede di scelte progettuali ed infine, distinte dalla progettazione vera e propria le attività di supporto tecnico-amministrativo alla progettazione

Queste ultime attività sono, tendenzialmente, affidate agli uffici interni della stazione appaltante, ma che, tuttavia, qualora non sia possibile effettuarla con dipendenti della stazione appaltante, può essere affidata all'esterno con procedure ad evidenza pubblica e con riferimento a corrispettivi stabiliti a corpo in base ad indagini di mercato.

Si tratta di quegli apporti di contributi tecnici, che presuppongono la conoscenza e la preventiva soluzione d'un ventaglio di questioni attinenti a branche disparate delle conoscenze tecniche e scientifiche, e che non s'identifica soltanto con l'attività professionale propria dell'ingegnere o dell'architetto e si risolvono in mere *indagini, ispezioni, cognizioni, localizzazioni*, non originali, di natura meramente materiale e ripetitiva che, tuttavia, proprio per la complessità insita nella loro caratteristiche, richiedono spesso il ricorso a diversificate professionalità, per la cui acquisizione anche il progettista esterno può eventualmente ricorrere al subappalto. Per queste attività non vi è preclusione al frazionamento ed all'affidamento a gruppi di tecnici differenti da quelli che sono incaricati della *progettazione vera e propria*. Trattandosi, peraltro, di attività implicanti l'esplicazione di servizi, l'eventuale affidamento esterno deve avvenire con procedura ad evidenza pubblica ai sensi del decreto legislativo 157/95.

Per le attività che accedono alla progettazione in senso proprio – cioè quelle per seconde prima indicate – ferma rimanendo l'osservanza dell'opzione fondamentale del legislatore per la progettazione, come opera di ingegno, effettuata all'interno della stazione appaltante, ove non siano ravvisabili, oppure allo stato non siano disponibili o sufficienti, le professionalità necessarie alla predisposizione di tutti gli elaborati progettuali, è possibile co-

stituire gruppi di progettazione misti, formati da dipendenti aventi un'adeguata professionalità e da professionisti esterni.

In questi casi in cui, si ripete, la stazione appaltante non disponga o non siano disponibili tutte le professionalità occorrenti allo sviluppo compiuto della progettazione, richiedere che la stessa l'affidi tutta l'attività all'esterno sarebbe soluzione con ingiustificato aggravio di spesa. Perciò si è indicato quella di costituzione di un gruppo di progettazione misto, composto dai dipendenti delle stazioni appaltanti dotati delle necessarie specializzazioni e da professionisti esterni che integrano quelle mancanti ai suddetti dipendenti.

Ciò che costituiscono connotati necessari per l'ammissibilità della costituzione di detti gruppi misti sono: la precisazione nei documenti di gara delle specifiche professionalità che debbono possedere i concorrenti; la dettagliata specificazione delle attività da eseguire da parte dei singoli progettisti; il necessario sviluppo progettuale assegnato a ciascuno nell'ambito dell'unitario progetto; e cioè la necessità che queste attività siano da svolgere secondo indicazioni e criteri stabiliti in sede di scelte progettuali o comunque condizionate da criteri e da assensi per accertata coerenza con dette scelte.

Queste attività che accedono alla progettazione in senso proprio, infine, possono essere affidate unicamente in base alle disposizioni contenute nella legge n. 109/94 e del DPR n. 554/999.

Con riferimento, poi, ai bandi dell'Anas, gli affidamenti in essi per no n rispondere a detti criteri e per come formulate le previsioni relative e le clausole di affidamento si prestano ad essere oggetto delle censure di illegittimità prospettate.

In base alle esposte considerazioni si può, conclusivamente, ritenere che:

- a) nella progettazione di un'opera o lavoro pubblico possono ravvisarsi due distinte attività operative, costituite, la prima, dalla progettazione, in senso proprio, che consiste in un'opera dell'ingegno di carattere creativo, originale ed innovativo, di contenuto complesso, con cui si estrinseca e rappresenta l'idea del progettista, e, la seconda, che si concreta in una serie di attività che accedono alla progettazione, ma sono da svolgere secondo indicazioni e criteri stabiliti in sede di scelte progettuali;
- b) distinta dalla composita attività di progettazione vera e propria, indicata è, invece, l'attività di supporto tecnico-amministrativo alla progettazione la quale è tendenzialmente affidata agli uffici interni della stazione appaltante, ma che, tuttavia, qualora non sia possibile effettuarla con dipendenti della stazione appaltante, può essere affidata all'esterno con procedure ad evidenza pubblica e con riferimento a corrispettivi stabiliti a corpo in base ad indagini di mercato;
- c) ferma rimanendo l'opzione fondamentale del legislatore per una progettazione in senso proprio effettuata all'interno della stazione appaltante, ove nelle sue articolazioni organizzative non siano ravvisabili,

oppure allo stato non siano disponibili o sufficienti, tutte le professionalità all'uopo necessarie, è possibile costituire gruppi di progettazione misti, formati da dipendenti aventi un'adeguata professionalità e da professionisti esterni, alle condizioni indicate in motivazione;

- d) i bandi di gara indetti dall'ANAS si prestano – per come sono indicate e formulate le prestazioni da affidare – a censure di irregolarità in quanto non rispondono ai criteri ed alle condizioni precise e possono configurare affidamenti di incarichi non compatibili con le disposizioni vigenti.

Determinazione n. 4/2004

Appalto di lavori pubblici a trattativa privata, ai sensi di leggi speciali ed ordinanze di emergenza, emanate in occasione di eventi calamitosi (21 aprile 2004)

Premesso

A seguito del Comunicato di questa Autorità “*Segnalazioni su fatti specifici*”, pubblicato sulla G.U.R.I. del 6 febbraio 2002, sono pervenute numerose comunicazioni, da parte di stazioni appaltanti, relative ad appalti di lavori pubblici affidati mediante la procedura della trattativa privata, ai sensi di normative speciali emanate in occasione di eventi calamitosi.

Dalle segnalazioni esaminate, si è riscontrato che buona parte degli affidamenti a trattativa privata sono avvenuti ai sensi di due provvedimenti di emergenza, entrambi volti a finanziare interventi urgenti di ripristino delle opere danneggiate da eventi calamitosi :

1. l’ordinanza di necessità ed urgenza n. 3090/2000, emanata dal Ministero dell’Interno, a seguito degli eventi alluvionali dell’ottobre 2000 ;
2. la legge n. 61/1998, di conversione del D.L. n. 6/1998 .

Tali provvedimenti di emergenza, finalizzati a consentire l’esecuzione dei lavori di recupero in tempi ridotti, incompatibili con le procedure ad evidenza pubblica, hanno consentito la deroga alla restrittiva disciplina sull’affidamento mediante trattativa privata dettata dall’art. 24, legge 109/94 e s.m.i.

Visto il frequente ricorso alle sopra descritte modalità di affidamento, si è ritenuto opportuno approfondire i limiti entro i quali le medesime possano ritenersi legittime, precisando, altresì, che le considerazioni che seguiranno, pur facendo riferimento principalmente a questi due provvedimenti normativi, possono essere estese, per identità di fattispecie, a tutta la normativa derogatoria emanata in occasione di calamità naturali, normativa che ha conosciuto nel nostro ordinamento giuridico una straordinaria proliferazione.

Ritenuto in diritto

Questa Autorità ha avuto modo in più occasioni di approfondire la problematica relativa alla natura delle ordinanze contingibili ed urgenti.

A) In particolare, nella determinazione n. 20/2002 del 30 luglio 2002, sono stati precisati i limiti dell’efficacia delle ordinanze d’emergenza, emanate dal Dipartimento per la Protezione Civile, in relazione all’esecuzione di opere pubbliche.

E' stato evidenziato che, poiché la *ratio* delle ordinanze *extra ordinem* è quella di far fronte a situazioni di speciale urgenza, l'efficacia di tali provvedimenti è rigorosamente limitata nel tempo e circoscritta alla persistenza della menzionata situazione.

Pertanto, una deroga alle disposizioni vigenti, in base alle ordinanze di emergenza, proprio perché causata da una situazione eccezionale, non trova logica giustificazione ove permanga *sine die*.

Se, quindi, gli interventi urgenti che le situazioni di emergenza richiedono non vengono adottati tempestivamente, dette situazioni tendono a consolidarsi, diventando situazioni di disagio permanente (difficoltà abitative, di circolazione ecc..) che, tuttavia, non sono proprie soltanto dei luoghi colpiti da eventi calamitosi, ma di molte parti del territorio nazionale.

In tale evenienza, la deroga alla legge ordinaria ed alle correlate garanzie costituzionali, non trova più logica giustificazione poiché i fatti smentiscono il dichiarato obiettivo di urgenza.

B) La recente determinazione n. 1/2004 del 14 gennaio 2004, relativa alle ordinanze emanate dal sindaco per motivi di pubblica sicurezza, ha ulteriormente precisato che la categoria generale delle ordinanze *extra ordinem* trova dei limiti inderogabili nei principi generali dell'ordinamento e nei canoni, individuati dalla giurisprudenza costituzionale, della ragionevolezza e della proporzionalità tra il provvedimento e la realtà circostante, dell'obbligo di motivazione e dell'indicazione delle specifiche disposizioni derogate.

In base ai suddetti canoni di ragionevolezza, si è potuto concludere che, tra le norme della legge quadro sui lavori pubblici, possano essere derogate quelle attinenti alla scelta del contraente ed all'assegnazione del relativo contratto.

Con particolare riferimento alla disciplina degli affidamenti diretti per motivi di urgenza (art. 24 della legge quadro – trattativa privata ; art. 146 del DPR 554/99 – lavori d'urgenza, condotti in economia dalla S.A.; art. 147 del DPR 554/99 – provvedimenti in casi di somma urgenza), si è ritenuto che l'ordinanza sindacale possa rappresentare un presupposto per i successivi affidamenti diretti, derogando alle procedure ad evidenza pubblica.

Il riconoscimento della possibilità di deroga alle procedure di affidamento ad evidenza pubblica, a favore di forme di aggiudicazione diretta, trova, però, per le ordinanze d'urgenza, lo specifico limite, ribadito anche nella citata determinazione n. 1/2004, della **indicazione di un preciso termine finale <<...non essendo configurabili effetti di durata indefinita, in quanto un'efficacia *sine die* contrasterebbe con il carattere eccezionale e temporaneo del provvedimento>>**.

Si ritiene che le considerazioni espresse nelle citate determinazioni, in merito alle ordinanze contingibili ed urgenti, possano essere estese anche all'altro strumento giuridico, sovente utilizzato in occasione di eventi calamitosi, e cioè alle leggi speciali emanate per provvedere a tempestivi interventi di ripristino.