

CAPITOLO I

DISPOSIZIONI GENERALI E PRINCIPI COMUNI

SOMMARIO: 1. Principi generali in tema di contratti pubblici e i principi fondamentali del Trattato. – 2. I rapporti tra la legislazione statale, regionale e delle province autonome. – 3. L'ambito soggettivo di applicazione del Codice. - 4. L'ambito oggettivo di applicazione del Codice: nozione di appalto di lavori, servizi e forniture. - 5. Le soglie di applicazione della disciplina comunitaria. - 6. I contratti misti - 7. I contratti d'appalto esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice. - 8. Il responsabile unico del procedimento. - 9. L'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, forniture e servizi. – 10. Gli obblighi di comunicazione all'Autorità delle informazioni relative agli appalti. – 11. La determinazione a contrattare.

1. Principi generali in tema di contratti pubblici e i principi fondamentali del Trattato

Il d.lgs. 163/06, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, disciplina l'intera gamma dei contratti pubblici nei tre settori, lavori servizi e forniture, sia sopra sia sotto soglia comunitaria affidati da soggetti, sia pubblici sia privati, tenuti al rispetto dell'evidenza pubblica.

Il d.lgs. n. 163/06 costituisce un testo normativo unico ed organico volto ad armonizzare ed unificare le discipline che regolano gli appalti di lavori, servizi e forniture.

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture devono garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità (con le modalità indicate nel Codice).

Per quanto non espressamente previsto nel Codice degli appalti, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 241/90 e s.m.i. e delle disposizioni stabilite dal Codice civile.

I principi del Trattato della Comunità Europea sono la parità di trattamento (principio di uguaglianza), la trasparenza (pubblicità), la proporzionalità, il mutuo riconoscimento e la massima partecipazione.

Il contenuto di tali principi sarà esplicitato nel prosieguo, laddove il Codice ne fa espressa applicazione, andandone a specificare i relativi contenuti.

Il Codice è un testo normativo unico ed organico disciplinante gli appalti di lavori, servizi e forniture sopra sotto soglia

I principi sanciti dal Codice

I principi sanciti dal Trattato della Comunità Europea

2. I rapporti tra la legislazione statale, regionale e delle province autonome.

Il rapporto tra la legislazione statale, regionale e delle province autonome è disciplinato dall'art. 4 del Codice.

L'art. 4 del Codice

In base a tale disposizione, *“le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nelle materie oggetto del presente codice nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e delle disposizioni relative a materie di competenza esclusiva dello Stato.*

Relativamente alle materie oggetto di competenza concorrente, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nel rispetto dei principi fondamentali contenuti nelle norme del presente codice, in particolare, in tema di programmazione di lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro.

Le regioni, nel rispetto dell'articolo 117, comma secondo, della Costituzione, non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente codice in relazione:

- alla qualificazione e selezione dei concorrenti;
- alle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa;
- ai criteri di aggiudicazione;
- al subappalto;
- ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;
- alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza;
- alla stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative;
- al contenzioso.

Resta ferma la competenza esclusiva dello Stato a disciplinare i contratti relativi alla tutela dei beni culturali, i contratti nel settore della difesa, i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza relativi a lavori, servizi, forniture.

Nelle materie di competenza normativa regionale, concorrente o esclusiva, le disposizioni del presente codice si applicano alle regioni nelle quali non sia ancora in vigore la normativa di attuazione e perdono comunque efficacia a decorrere dalla data di entrata in vigore della normativa di attuazione adottata da ciascuna regione.

Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione”.

La disposizione in esame è stata oggetto della sentenza 23 novembre 2007, n. 401, della Corte Costituzionale.

L'intervento della Corte Costituzionale

La pronuncia della Corte, nell'affrontare molteplici ed importanti

questioni afferenti al riparto di competenze Stato-Regioni, dichiara l'illegittimità costituzionale delle seguenti disposizioni del Codice dei contratti pubblici:

- art. 5, comma 2, limitatamente alle parole “*province autonome*”;
- art. 84, commi 2, 3, 8 e 9, anche nel testo modificato dal decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113 (Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'art. 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62), nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevede che le norme in esso contenute abbiano carattere suppletivo e cedevole;
- art. 98, comma 2.

**Le disposizioni ritenute
incostituzionali**

In riferimento a tali norme, il Giudice delle leggi ha rispettivamente:

- affermato che il potere regolamentare statale relativo alla disciplina esecutiva e attuativa del Codice, previsto dall'art. 5, comma 1, “*in relazione ai contratti di ogni altra Amministrazione o soggetto equiparato*” nei settori di cui all'art. 4, comma 3, (relativi alla qualificazione e selezione dei concorrenti, alle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; ai criteri di aggiudicazione; al subappalto; ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza, alla stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi la direzione dell'esecuzione, direzione lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; al contenzioso), deve intendersi riferito solo allo Stato e alle Regioni, e non anche alle Province autonome di Trento e Bolzano, come contraddittoriamente reso possibile dal censurato art. 5, comma 2;

Art. 5, comma 2

- ritenuto che le norme sulle funzioni, la composizione e le modalità di nomina dei componenti la Commissione giudicatrice incaricata di esprimersi nell'ipotesi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 84, commi 2, 3, 8 e 9), non sono preordinate alla “*tutela della concorrenza*” – ciò che avrebbe giustificato la competenza legislativa esclusiva statale – bensì attengono alla “*organizzazione amministrativa*” degli organismi cui è affidato il compito di procedere alla verifica del possesso, in capo alle imprese concorrenti, dei requisiti per aggiudicarsi la gara – con conseguente necessaria recessività della normativa statale nei confronti di eventuali specifiche discipline regionali diverse;

Art. 84, commi 2, 3, 8 e 9

- ribadito (v. sentenza n. 206 del 2001) che la materia “*governo del territorio*” - nella quale è stata ritenuta rientrare la disposizione secondo la quale “*l'approvazione dei progetti definitivi da parte del consiglio comunale costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti*” (art. 98, comma 2) - attiene alla competenza ripartita Stato-Regioni, spettando quindi al primo soltanto il potere di fissare i principi

Art. 98, comma 2

fondamentali e non anche la normativa di dettaglio, di competenza regionale.

In rapporto alle numerose altre norme del Codice sospettate dalle Regioni ricorrenti di incostituzionalità, ma non ritenute tali dalla Corte, la decisione ha dunque effetti immediati relativamente contenuti, tanto che di ben maggior interesse si rivelano le argomentazioni utilizzate ai fini del loro “salvataggio”: con una premessa – ribadita dalla Corte (v. sentenza n. 303 del 2003) – secondo la quale le attività contrattuali della pubblica amministrazione “non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell’oggetto al quale afferiscono”, e la precisazione che, ai fini della demarcazione delle sfere materiali di competenza, non è possibile unicamente distinguere “le procedure di gara indette da amministrazioni statali da quelle poste in essere da amministrazioni regionali o sub-regionali, per inferirne che solo le prime sarebbero di spettanza statale, mentre le seconde rientrerebbero nell’ambito della potestà legislativa regionale”, dovendosi invece fare riferimento “al contenuto delle norme censurate al fine di inquadrarlo negli ambiti materiali indicati dall’art. 117 Cost.”

Non fondate sono state, pertanto, dichiarate le questioni di costituzionalità dell’art. 4, comma 2, del Codice, in riferimento agli artt. 117 e 118 Cost. , laddove la norma dispone che i principi fondamentali che, “in particolare”, devono essere rispettati dalle Regioni e dalle Province autonome, vertono in tema di “programmazione dei lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro”.

Tali settori, chiarisce la Corte, o riguardano (programmazione dei lavori pubblici) “soltanto quei procedimenti preordinati alla realizzazione delle opere pubbliche, che esulino sia dalla competenza esclusiva dello Stato, sia da quella residuale delle regioni, per rientrare, invece, in una delle materie di competenza concorrente individuate dal terzo comma dell’art. 117 Cost.”, oppure incidono (approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi) in un ambito “rappresentato dall’urbanistica, con conseguente inclusione della sfera delle potestà legislative inerenti alla materia concorrente del governo del territorio”, oppure ancora si riferiscono (organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento) all’apparato o agli apparati “incaricati di operare nel settore preso in considerazione” (opere pubbliche, forniture e servizi) e, in particolare, al “responsabile del procedimento, di cui si prevede l’istituzione e non le modalità organizzative” e concernono quindi “procedimenti che appartengono alla competenza ripartita Stato-Regioni e ne seguono, in conseguenza, le sorti”.

Prive di fondamento sono state ritenute anche le questioni di costituzionalità, in riferimento agli artt. 76, 97, 117 e 118 Cost., dell’art. 4, comma 3 d.lgs. 163/06, il quale dispone che “Le Regioni, nel rispetto dall’art. 117, comma secondo, della Costituzione, non

Le disposizioni ritenute costituzionalmente legittime

Art. 4, comma 2

possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente Codice in relazione: alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; ai criteri di aggiudicazione; al subappalto; ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza; alla stipulazione e all’esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell’esecuzione, direzione lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; al contenzioso. Resta ferma la competenza esclusiva dello Stato a disciplinare i contratti relativi alla tutela dei beni culturali, i contratti nel settore della difesa, i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza relativi a lavori, servizi e forniture”.

In questo caso la Corte ha ritenuto che le specifiche attività indicate dalla norma fossero riconducibili nell’ambito della competenza esclusiva statale di cui all’art. 117, secondo comma, della Costituzione.

Al riguardo, dopo aver precisato gli ambiti di rilevanza, la natura ed i limiti di incidenza della nozione di “tutela della concorrenza” – materia definita espressamente “trasversale” in quanto non definibile in un ambito certo e che, perciò, “si caratterizza per le specifiche finalità perseguite” – sono state ritenute ad essa riconducibili “le procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti, le procedure di affidamento, i criteri di aggiudicazione, ivi compresi quelli che devono presiedere all’attività di progettazione ed alla formazione dei piani di sicurezza, nonché i poteri di vigilanza sul mercato degli appalti” e così pure il “subappalto” che, sebbene appartenga all’ambito materiale dell’ordinamento civile, “per taluni profili non secondari, assolve anche una funzione di garanzia della concorrenzialità”.

Riconducibili all’ambito materiale dell’ordinamento civile” sono stati invece ritenute le fasi “della stipulazione e dell’esecuzione dei contratti”, quelle “della direzione dell’esecuzione e della direzione dei lavori”, quella “della contabilità e del collaudo”, tutte caratterizzate “per la normale mancanza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico, sostituiti dall’esercizio di autonomie negoziali”; con la precisazione, peraltro, che per i “profili di organizzazione e contabilità amministrativa”, come previsto dalla norma in commento, “sarebbe rinvenibile un titolo di legittimazione regionale.

Alla materia della “giurisdizione e della giustizia amministrativa” è infine riconducibile il “contenzioso” mentre - come ribadito e ulteriormente precisato dalla Corte – “l’attività di progettazione” può essere ricondotta alla competenza esclusiva dello Stato “esclusivamente per quanto attiene alla fissazione dei criteri in base ai quali tale attività deve essere svolta in modo da assicurare in ogni caso la più ampia competitività e la libera circolazione degli operatori economici, ma non si estende fino ad incidere sulla spettanza del

La cd. competenza trasversale

concreto svolgimento dell'attività progettuale alle singole amministrazioni aggiudicatrici, la cui competenza non è incisa dalla norma in esame”.

Quanto ai “piani di sicurezza”, attratti come detto nell'ambito materiale della “tutela della concorrenza”, rilevante è l'affermazione della Corte che, nel dichiarare, altresì, non fondata la questione di costituzionalità dell'art. 131, comma 1, d.lgs. 163/06, afferma che tale precetto “deve essere interpretato nel senso che è attribuito al Governo unicamente il potere di emanare le disposizioni regolamentari relative a criteri di predisposizione dei piani di sicurezza, che sono essenziali per assicurare, come già sottolineato, la uniformità di trattamento dei partecipanti alla gara e dunque i principi della tutela della concorrenza”, valendo anche per i piani di sicurezza che “in fase attuativa, la loro predisposizione segue il regime giuridico proprio dell'opera da realizzare, atteso che è riservata allo Stato esclusivamente la fissazione dei criteri generali per la formulazione di detti strumenti”.

Sempre non fondate sono state dichiarate le questioni di costituzionalità dell'art. 5, comma 2, d.lgs. 163/06, relative ai limiti della potestà regolamentare dello Stato nelle materie di cui all'art. 4, comma 3, attribuite alla sua competenza legislativa esclusiva, atteso che, conformemente a quanto previsto dall'art. 117, comma sesto, della Costituzione, è legittimo prevedere che il regolamento statale di attuazione ed esecuzione del Codice vincoli le Regioni solo in presenza di ambiti materiali rientranti nella suddetta competenza esclusiva. Ciò – precisa la Corte – concerne anche la “materia trasversale della tutela della concorrenza” che proprio per la sua natura può “intersecare altre competenze regionali” e rispetto alla quale non è pertanto prospettabile “un condizionamento di fonti primarie regionali da parte di fonti secondarie statali. Queste ultime, dando attuazione ed esecuzione a disposizioni di legge, detteranno tutte le norme necessarie a perseguire l'obiettivo di realizzare assetti concorrenziali; mentre le prime disciplineranno i profili non afferenti, ancorché contigui, a quelli relativi alla tutela della concorrenza”.

Anche le questioni di illegittimità costituzionale dell'art. 5, commi 7 e 9 del Codice degli appalti, nella parte in cui consentono alle stazioni appaltanti di adottare propri capitolati nel rispetto “del regolamento di cui al comma 1”, o di recepire nei bandi o negli inviti il capitolato generale dello Stato, non sono state condivise dalla Corte.

Ciò per la considerazione che, avendo la norma previsto una facoltà e non un obbligo di adottare capitolati speciali o di richiamare il capitolato generale dello Stato, ove le stazioni appaltanti decidano di avvalersi di tali facoltà è logico che debbano rispettare quanto previsto dal suddetto regolamento e capitolato generale.

Anche l'impugnativa dell'art. 48 d.lgs. n. 163/06 – che disciplina la fase del procedimento amministrativo di scelta del contraente, caratterizzata da una serie di controlli sul possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara, nonché le conseguenze del mancato

Art. 5, comma 2

Art. 5, commi 7 e 9

Art. 48

assolvimento degli oneri previsti - non ha trovato accoglimento nella decisione della Corte.

In particolare, la norma non è stata ritenuta invasiva dell'organizzazione amministrativa di competenza regionale, attenendo alla materia della tutela della concorrenza" di competenza legislativa esclusiva statale, nella quale rientrano quindi anche gli "strumenti di controllo del possesso, da parte dei concorrenti, dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi idonei a fornire valide garanzie di serietà che devono caratterizzare, appunto, la partecipazione alla gara stessa".

Non meritevole di accoglimento sono state ritenute le questioni di costituzionalità relative agli artt. 75, comma 1, 113 e 252, comma 6, d.lgs. n. 163/06.

Artt. 75, comma 2, 113 e 252, comma 6

Riguardo alla prima norma, secondo la Corte "le disposizioni relative alla presentazione delle garanzie a corredo dell'offerta si iscrivono nella fase di individuazione del contraente e tendono, unitamente a quelle preordinate a disciplinare il sistema delle offerte, a garantire la competitività e la concorrenzialità delle imprese nel segmento di mercato interessato dai contratti"; attengono perciò, anch'esse, alla materia della "tutela della concorrenza" di competenza legislativa esclusiva statale.

L'art. 113, invece, non appartiene alla tutela della concorrenza ma a quella dell' "ordinamento civile", pure di competenza legislativa esclusiva dello Stato, in quanto, nella fase di esecuzione del contratto, detta una "regolamentazione civilistica di aspetti afferenti al vincolo negoziale" che deve necessariamente ricevere un trattamento uniforme sull'intero territorio nazionale.

Stesso discorso vale per l'art. 252, comma 6, relativo agli schemi di polizza-tipo concernenti le coperture assicurative e le garanzie fideiussorie, trattandosi di attività di regolazione della fase di esecuzione del contratto.

Costituzionalmente non illegittimo è stato ritenuto l'art. 88 d.lgs. 163/06, impugnato nella parte in cui disciplina dettagliatamente il procedimento di verifica e di esclusione delle offerte ritenute "anormalmente basse".

Art. 88

Al riguardo, la Corte ribadisce quanto già affermato in precedenti occasioni (sentenze n. 40 del 1998 e n. 132 del 1996) con riferimento ai soli appalti di lavori e, oggi, anche ai settori dei servizi e forniture, e cioè che "la disciplina comunitaria dell'istituto compone l'esigenza di garantire la concorrenza e di acquisire la prestazione al prezzo più vantaggioso per l'amministrazione con l'esigenza di assicurare la serietà delle offerte, prevedendo che l'amministrazione, prima di rifiutare quelle che presentino carattere anormalmente basso rispetto la prestazione, chieda le precisazioni che ritiene utili in merito alla composizione dell'offerta e proceda alla verifica, tenendo conto delle giustificazioni fornite".

Ancorché si tratti di "procedimento complesso" che, cioè, risponde a molteplici finalità, preminente è stata ritenuta dalla Corte quella di

“informare il procedimento stesso alle regole della concorrenza”, rientranti nella competenza legislativa esclusiva statale.

Non fondate sono state dichiarate le questioni relative agli artt. 122, commi 2, 3, 5 e 6, e 124, commi 2, 5 e 6 d.lgs. 163/06, concernenti le modalità di pubblicazione e comunicazione degli appalti cd. sotto soglia, considerato che “l’adozione di adeguate misure di pubblicità costituisce, infatti, un elemento imprescindibile a garanzia della massima conoscenza e della conseguente partecipazione alle procedure di gara”.

**Art. 122, commi 2, 3, 5 e 6 e
art. 124, commi 2, 5 e 6**

Anche in tal caso, si è dentro la materia della “tutela della concorrenza”, che giustifica un intervento unitario del Legislatore statale.

E’ stata respinta anche la censura dell’art. 253, commi 3 e 22, lettera a) d.lgs. 163/06, in quanto trattasi di disposizione che si limita a richiamare atti regolamentari emanati nel vigore del precedente assetto costituzionale e sui quali la modifica del titolo V della parte seconda della Costituzione, non ha inciso in termini di loro automatica incostituzionalità, mantenendo invece essi la loro validità fintantoché non vengano sostituiti “da nuove norme dettate dall’autorità dotata di competenza nel nuovo sistema (sentenza n. 376 del 2002)”, con possibilità, dunque, per le Regioni di poter censurare in futuro eventuali regolamenti statali ritenuti contrastanti con l’attuale riparto delle competenze regolamentari.

Art. 253, commi 3 e 22, lett. a)

Conclude sul punto la Corte che “non può, pertanto, ritenersi illegittimo il richiamo operato dalle disposizioni impugnate, tra l’altro, al d.m. n. 145 del 2000 e al d.P.R. n. 554 del 1999, al fine di sancirne la perdurante validità fino all’adozione dei capitolati generali e dei regolamenti che, è bene ribadire, dovranno essere emanati nel rispetto dell’attuale riparto delle competenze regolamentari sancito dal sesto comma dell’art. 117 Cost.”.

Collocabile prevalentemente nell’ambito materiale dell’“ordinamento civile”, e funzionale altresì ad assicurare il rispetto dei principi sottesi alla “tutela della concorrenza” è stata ritenuta la disposizione dell’art. 53, comma 1 d.lgs. 163/06, con conseguente spettanza del Legislatore statale di “individuare, per garantire uniformità di trattamento sull’intero territorio nazionale, il tipo contrattuale da utilizzare per la regolamentazione dei rapporti di lavori, servizi e forniture”, ivi compresi i “contratti sotto della soglia di rilevanza comunitaria”.

Art. 53, comma 1

Non fondata, infine, è stata ritenuta la questione di costituzionalità dell’art. 130, comma 2 d.lgs. 163/06, nella parte in cui prevede l’affidamento dell’attività di direzione dei lavori a “soggetti scelti con le procedure previste dal presente Codice per l’affidamento degli incarichi di progettazione”.

Art. 130, comma 2

La verifica della conformità dei lavori al progetto e al contratto, cui l’affidamento della direzione dei lavori nella fase di esecuzione del negozio è finalizzato, legittima l’intervento legislativo esclusivo statale nella materia dell’“ordinamento civile”.

Sulla base di quanto esposto, sembra essersi fortemente eroso lo

spazio per le legislazioni regionali in materia di lavori, forniture e servizi pubblici da molti auspicato in esito alla riforma dell'art. 117 Cost., atteso che risultano di esclusiva competenza statale:

- 1) i principi fondamentali in materia di programmazione dei lavori pubblici, approvazione dei progetti, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento sicurezza del lavoro (salvo eventuale competenza concorrente);
- 2) qualificazione dei concorrenti;
- 3) procedure di affidamento;
- 4) criteri di aggiudicazione;
- 5) subappalto;
- 6) Autorità sui contratti pubblici (Vigilanza);
- 7) piani di sicurezza;
- 8) stipulazione ed esecuzione dei contratti;
- 9) direzione lavori e collaudo;
- 10) contenzioso;
- 11) beni culturali;
- 12) emanazione del regolamento di attuazione del d.lgs. 163 e del Capitolato generale (vincolante per le Regioni);
- 13) criteri di scelta del contraente;
- 14) garanzie;
- 15) anomalia dell'offerta e relativa procedura di verifica;
- 16) modalità di pubblicità per appalti sottosoglia;
- 17) tipologia di contratti adottabili;
- 18) procedure per la scelta del D.L. e per i progettisti.

La competenza esclusiva dello Stato

3. L'ambito soggettivo di applicazione del Codice

Ai sensi dell'art. 1, d.lgs. n. 163/06, il Codice disciplina i contratti da stipulare da parte delle stazioni appaltanti, degli enti aggiudicatori e dei soggetti aggiudicatori, aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori e opere.

Stazioni appaltanti, enti aggiudicatori e soggetti aggiudicatori costituiscono l'ambito soggettivo di applicazione del Codice.

L'art. 3, comma 33, stabilisce che la nozione di stazione appaltante comprende le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui all'art. 32.

Stazione appaltante

Ai sensi dell'art. 3, comma 25, le amministrazioni aggiudicatrici sono: le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti.

Amministrazioni aggiudicatrici

In base al successivo comma 26, l'organismo di diritto pubblico è qualsiasi organismo, anche in forma societaria: istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; dotato di personalità giuridica; la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la

Organismo di diritto pubblico

cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Nell'Allegato III al Codice sono indicate in modo esemplificativo alcune realtà giuridiche riconducibili alla nozione di organismo di diritto pubblico.

Peraltro, i limiti della nozione in esame sono stati oggetto di numerose pronunce da parte dei giudici amministrativi, ordinari, sia di rango statale che comunitario.

In particolare, è stato affermato che *“per la qualificazione di un ente come organismo di diritto pubblico non è necessario che il perseguimento di finalità generali assurga a scopo esclusivo, potendo coesistere con lo svolgimento, anche prevalente, di attività industriali o commerciali”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2009, n. 4592) e che *“è ben possibile che un determinato organismo persegua un interesse non industriale (ad es. un fine di interesse generale per la collettività dei consumatori o degli utenti) utilizzando strumenti operativi latu sensu privatistici, e che nondimeno l'organismo stesso sia qualificabile come organismo di diritto pubblico”* (cfr. TAR Calabria Catanzaro, Sez. I, 1 settembre 2008, n. 1176).

Gli organismi di diritto pubblico, al pari delle amministrazioni aggiudicatrici, sono tenuti al rispetto dell'evidenza pubblica applicando le disposizioni del Codice, sono sottoposti al controllo della Corte dei Conti e alla giurisdizione del giudice amministrativo.

L'art. 3, comma 28, d.lgs. 163/06, definisce la nozione di impresa pubblica.

Impresa pubblica

Sono imprese pubbliche quelle su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente:

- a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;
- b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;
- c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

Il successivo comma 29, chiarisce che gli enti aggiudicatori, al fine dell'applicazione delle disposizioni delle Parti I, III, IV, e V, comprendono le amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche, nonché i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti.

Enti aggiudicatori

L'art. 3, al comma 31, definisce gli altri soggetti aggiudicatori, ai fini della Parte II, come i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, mentre al comma 32,

Soggetti aggiudicatori

definisce i soggetti aggiudicatori, ai soli fini della Parte II, Titolo III, Capo IV (lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi), come le amministrazioni aggiudicatrici di cui al comma 25, gli enti aggiudicatori di cui al comma 29, nonché i diversi soggetti pubblici o privati assegnatari dei fondi, di cui al citato Capo IV.

Quindi, accanto alle amministrazioni aggiudicatrici, il Legislatore individua gli “enti aggiudicatori” ed i “soggetti aggiudicatori” tenuti ad applicare almeno alcune disposizioni del Codice.

In particolare, gli enti aggiudicatori applicano le Parti I, III, IV e V del Codice (*cf.* art. 3, comma 29, d.lgs. 163/06); mentre i soggetti aggiudicatori la Parte II, Titolo III, Capo IV, del Codice (*cf.* art. 3, comma 32, d.lgs. 163/06).

Ai sensi, poi, dell’art. 32 del Codice, sono soggetti aggiudicatori i concessionari sia di lavori sia di servizi (*cf.* art. 32, comma 1, lett. b); le società con capitale pubblico che non sono organismi di diritto pubblico (*cf.* art. 32, comma 1, lett. c); i soggetti privati beneficiari di un contributo pubblico (*cf.* art. 32, comma 1, lett. d ed e); i soggetti privati titolari di permesso di costruire (*cf.* art. 32, comma 1, lett. g).

L’art. 3, comma 34, definisce poi la centrale di committenza chiarendo che è un’amministrazione aggiudicatrice che acquista forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori; o che aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori.

4. L’ambito oggettivo di applicazione del Codice: nozione di appalto di lavori, servizi e forniture.

L’ambito oggettivo di applicazione del Codice è costituito dagli appalti di lavori, servizi e forniture, anch’essi definiti dall’art. 3.

In particolare, ai sensi dell’art. 3, comma 7, gli appalti pubblici di lavori sono appalti pubblici aventi per oggetto l’esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l’esecuzione, ovvero, previa acquisizione in sede di offerta del progetto definitivo, la progettazione esecutiva e l’esecuzione, relativamente a lavori o opere rientranti nell’Allegato I, oppure, limitatamente alle ipotesi di cui alla Parte II, Titolo III, Capo IV, l’esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un’opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante o dall’ente aggiudicatore, sulla base del progetto preliminare o definitivo posto a base di gara.

Ai sensi dell’art. 3, comma 9, gli appalti pubblici di forniture sono appalti pubblici diversi da quelli di lavori o di servizi, aventi per oggetto l’acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l’acquisto a riscatto, con o senza opzione per l’acquisto, di prodotti.

Mentre, ai sensi dell’art. 3, comma 10, gli appalti pubblici di servizi sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture, aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all’Allegato II.

Appalti pubblici di lavori

Appalti pubblici di forniture

Appalti pubblici di servizi

Rientrano nell'ambito oggettivo del Codice anche le concessioni di lavori pubblici e di servizi.

Le concessioni di lavori pubblici sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente Codice, l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente Codice.

Le concessioni di lavori pubblici

La concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'art. 30, d.lgs. n. 163/.

Le concessioni di servizi

5. Le soglie di applicazione della disciplina comunitaria.

Il concetto di soglia è strettamente connesso all'individuazione della cosiddetta "rilevanza comunitaria".

Si tratta di un meccanismo elaborato dal Legislatore comunitario al fine di individuare, attraverso un limite di valore, gli appalti pubblici di interesse sovranazionale soggetti all'applicazione delle direttive Europee sugli appalti pubblici e, di conseguenza, all'applicazione della normativa nazionale di recepimento delle stesse.

Il concetto di soglia

Il Codice degli appalti pubblici, nel recepire le *direttive* 2004/17/CE e 2004/18/CE, ha distinto le soglie di riferimento da applicare agli appalti nei settori ordinari e nei settori speciali.

Le modifiche alla soglie comunitarie avviene attraverso un Regolamento della Comunità Europea.

Le attuali soglie di rilevanza comunitaria, per settori ordinari sono:

Le soglie nei settori ordinari

a) 125.000 Euro, per appalti pubblici di forniture e di servizi diversi da quelli di cui alla lettera b.2), aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali;

b) 193.000 Euro, per appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati

b.1) da stazioni appaltanti diverse da quelle indicate nella lett. a);

b.2) da una qualsivoglia stazione appaltante, aventi per oggetto servizi della categoria 8 dell'allegato II A, servizi di telecomunicazioni della categoria 5 dell'allegato II A, le cui voci nel CPV corrispondono ai numeri di riferimento CPC 7524, 7525 e 7526, servizi elencati nell'allegato II B;

c) 4.845.000 Euro, per gli appalti e le concessioni di lavori pubblici.

Mentre per i settori speciali sono:

Le soglie nei settori speciali

a) 387.000 Euro, per quanto riguarda gli appalti di forniture e di servizi;

b) 4.845.000 Euro, per quanto riguarda gli appalti di lavori.

Tuttavia, occorre segnalare che il valore economico non segna automaticamente il *discrimen* tra normativa sopra e sotto soglia comunitaria.

Difatti, negli ultimi anni si è assistito ad un effetto espansivo della disciplina comunitaria anche per gli appalti di valore sotto la soglia comunitaria.

In particolare, la Corte giustizia CE (Sez. IV, 15 maggio 2008 , n. 147; Sez. IV, 23 dicembre 2009, n. 376), ha affermato che nell'aggiudicazione degli appalti il cui valore è inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, qualora il contratto presenti interesse transfrontaliero certo, le amministrazioni degli Stati membri sono tenute a rispettare le norme fondamentali del Trattato e in particolare il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

L'effetto espansivo della disciplina comunitaria

6. I contratti misti

La disciplina degli appalti misti è contenuta agli artt. 14 e 15 del Codice.

Al comma 1 dell'art. 14 è chiarito che i contratti misti sono contratti pubblici aventi per oggetto: lavori e forniture; lavori e servizi; lavori, servizi e forniture; servizi e forniture.

A ben vedere, nel quadro normativo antecedente al Codice dei contratti non è dato rinvenire una espressa definizione di contratto misto, come se essa fosse considerata un presupposto acquisito.

L'introduzione di siffatta definizione pone, dunque, il problema di saggiarne l'effettiva portata, al fine di delimitare l'ambito di applicazione della relativa disciplina.

Si ritiene che con i termini lavori, servizi e forniture il Legislatore abbia inteso richiamare i contratti di lavori, servizi e forniture.

Pertanto, l'appalto misto viene in rilievo ogniqualvolta, si tratta di appaltare contestualmente contratti di differente tipologia; è il caso del cd. *global service*, nell'ambito del quale confluiscono per l'appunto più contratti di differente tipologia.

Ai fini dell'individuazione della disciplina di riferimento, l'art. 14, comma 1, stabilisce che:

a) un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un "*appalto pubblico di forniture*";

b) un contratto pubblico avente per oggetto prodotti e servizi di cui all'allegato II del Codice, è considerato un "*appalto pubblico di servizi*" quando il valore dei servizi supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto;

c) un contratto pubblico avente per oggetto dei servizi di cui all'allegato II e che preveda attività ai sensi dell'allegato I solo a titolo

Definizione di contratto misto

I criteri per l'individuazione del regime normativo

accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto è considerato un "appalto pubblico di servizi".

La norma in commento recepisce fedelmente la direttiva 2004/18, optando per un criterio qualitativo ed eliminando riferimenti alla prevalenza economica, fatta eccezione per gli appalti misti di servizi e forniture, in relazione ai quali l'aspetto economico continua a costituire il criterio di individuazione della normativa da applicarsi.

Ma ciò è in linea con la disciplina comunitaria, la quale all'art. 1, comma 2, lett. d), contiene una previsione analoga.

In considerazione della consapevolezza che il criterio qualitativo "puro" - in virtù del quale l'appalto misto deve essere qualificato come appalto di servizi, forniture, o lavori, a seconda di quale sia l'oggetto principale del contratto, a prescindere dal valore economico delle varie componenti - avrebbe potuto essere fonte di incertezze applicative, anche nel Codice è confermata la soluzione seguita dall'art. 24 della legge n. 62/2005 (Legge Comunitaria per il 2004). Viene, infatti, riproposta la prevalenza economica quale "criterio interpretativo" volto ad acclarare quale sia l'oggetto principale del contratto.

Si rammenta che la legge 62/2005 aveva modificato l'art. 2, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (legge quadro LL.PP.), sostituendo il secondo periodo con i seguenti: *"nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50 per cento. Quest'ultima disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto"*.

La medesima novella del 2005 aveva sostituito anche il comma 3 dell'art. 3 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, con il seguente: *"nei contratti misti di lavori e servizi e nei contratti di servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento. Questa disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto"*.

In particolare, l'art. 14, comma 3, del Codice, stabilisce che, ai fini dell'applicazione del successivo comma 2, l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscono l'oggetto principale del contratto.

Dunque, secondo tale impostazione, il criterio quantitativo assurge a criterio esegetico per determinare quale sia la prestazione principale e quella accessoria, nel senso che è normalmente da considerarsi principale la prestazione il cui valore supera il 50% del prezzo complessivo, ferma restando la prevalenza del criterio qualitativo

Il criterio quantitativo e qualitativo

quando una delle prestazioni sia meramente accessoria rispetto alle altre.

Ebbene, contrariamente alle indicazioni a suo tempo espresse dalla Commissione Europea in sede di procedura di infrazione (n. 2001/2182), il criterio della prevalenza economica – anche se soltanto in veste di canone interpretativo - non è del tutto scomparso dal contesto della norma; il punto è comprendere quale significato vada attribuito a detto criterio nel nuovo assetto normativo.

A ben vedere la formulazione della norma non è del tutto convincente. Infatti, se il criterio della prevalenza ha indubbiamente subito una significativa limitazione, non può non rilevarsi come esso non sia del tutto scomparso dal testo della norma.

Si osserva, più nel dettaglio, che la circostanza che il Legislatore abbia ritenuto di mantenere il concetto della prevalenza economica – da ritenersi sotto certi aspetti il criterio principale, visto che nella struttura della norma l'accessorietà è posta come una sorta di deroga - non può essere trascurata. In altre parole, se il criterio della prevalenza economica non è che uno degli indici che contribuiscono all'individuazione dell'oggetto principale, non si comprende per quale motivo esso debba assumere una siffatta visibilità nel contesto della norma.

Al riguardo – in considerazione del dato testuale della disposizione - non sembra agevole il compito di colui che sarà chiamato a giustificare l'applicazione ad un contratto d'appalto misto, di una normativa diversa da quella afferente ai lavori pubblici, nonostante la prestazione "lavori" abbia carattere economicamente prevalente.

La differenza non è meramente formale.

Infatti, un conto è dire che l'accertamento principale da compiersi è quello inerente l'individuazione dell'oggetto principale del contratto, utilizzando tutti i possibili ed idonei elementi indicatori, un altro è affermare che il criterio della prevalenza economica è l'unico riferimento, fatta salva l'ipotesi che la prestazione "lavori" non risulti accessoria, senza tuttavia specificare alcun criterio di riferimento per effettuare tale verifica e, conseguentemente, rimettendola al prudente apprezzamento del singolo operatore.

Non è chi non veda in tutto ciò il permanere di un residuale margine di contrasto tra il dato normativo interno e quello comunitario.

Infatti, nella direttiva 2004/18, in tema di appalti misti riguardanti lavori pubblici, è assente ogni riferimento al criterio della prevalenza economica; la normativa interna, invece, continua a mantenere un espresso richiamo a detto criterio, pur non assegnando all'applicazione dello stesso alcun effetto automatico.

In sintesi, secondo le indicazioni che emergono dal diritto interno, l'accertamento della componente di un contratto pubblico misto da considerarsi "prevalente" deve sì essere effettuata alla luce dei vari criteri possibili, ma tra di essi l'unico che traspare a livello normativo è quello della preponderanza economica.

In ogni caso, al di là della poco felice formulazione dell'art. 14, al fine di accertare se un contratto debba o meno essere ricondotto nell'ambito dei lavori pubblici, va verificato se la componente lavori abbia o meno valenza accessoria. Tale verifica deve essere condotta sulla base di una serie di indici posti tutti sul medesimo piano. Detti indici, possono essere dedotti dai principi giurisprudenziali maturati in relazione al quadro normativo antecedente all'introduzione del criterio della prevalenza economica.

La prevalenza del criterio qualitativo nei contratti misti di lavori servizi e forniture

In particolare, sulla scorta di tali principi, al fine di appurare quale sia la prestazione principale di un contratto di appalto misto di lavori e forniture, occorre indagare sulla natura dell'opera, sulla sua finalità, sul valore relativo del manufatto e della mano d'opera, sulle modalità costruttive, sulla sua completezza, sugli stessi usi consolidati e infine sulla comodità di disciplina.

In tal senso, il giudizio di prevalenza del costo tra il materiale e l'installazione rappresenterebbe un criterio residuale da utilizzare solo laddove la qualificazione dell'opera sia dubbia, ossia quando non risulti possibile qualificare l'appalto sulla base di un giudizio di carattere "funzionale-soggettivo" indagando sulla effettiva volontà perseguita dalla stazione appaltante.

Il comma 4 dell'articolo 14, con una tipica disposizione di chiusura dispone che l'affidamento di un contratto misto non deve avere come conseguenza di limitare o escludere l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie relative all'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture, anche se non costituiscono l'oggetto principale del contratto, ovvero di limitare o distorcere la concorrenza.

Al successivo art. 15 è precisato che l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto, deve in ogni caso possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal Codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto.

I requisiti di partecipazione nelle gare aventi ad oggetto un contratto misto

Ciò sta a significare che, in relazione agli appalti misti, le stazioni appaltanti sono tenute ad individuare in sede di bando di gara i requisiti di partecipazione sulla base di tutte le componenti (lavori, servizi e forniture) facenti parte dell'appalto misto.

Infatti, il riferimento, contenuto nella disposizione alla partecipazione alla fase concorsuale ("*l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento*"), non lascia adito a dubbi circa la necessità della dimostrazione dei requisiti già nella fase di gara.

7. I contratti d'appalto esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice

I contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice sono disciplinati dagli artt. da 16 a 27.

L'art. 27, in particolare, disciplina le modalità di affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte dall'applicazione del Codice.

Tale disposizione prescrive che l'affidamento debba avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, invitando alla selezione concorsuale almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto.

In tali affidamenti, viene lasciata libertà alle stazione appaltante anche in relazione alla fase esecutiva in relazione all'ammissibilità o meno del subappalto.

Nel prosieguo saranno trattati singolarmente i singoli contratti seguendo l'ordine codicistico e riportando dapprima le relative disposizioni.

Art. 16 - Contratti relativi alla produzione e al commercio di armi, munizioni e materiale bellico

Art. 16

“1. Nel rispetto dell'articolo 296 del Trattato che istituisce la Comunità Europea, sono sottratti all'applicazione del presente Codice i contratti, nel settore della difesa, relativi alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico, di cui all'elenco deliberato dal Consiglio della Comunità Europea, che siano destinati a fini specificamente militari.

2. Restano ferme le disposizioni vigenti, anche derivanti da accordi internazionali, o da regolamenti del Ministero della difesa”.

Si tratta di norma già prevista nelle precedenti direttive, e codificata nell'ordinamento italiano, all'art. 4, d.lgs. n. 358 del 1992.

Tipologia di contratti

La direttiva 2004/18/CE, all'art. 10, sancisce la sua applicabilità *“agli appalti pubblici aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici nel settore della difesa, fatto salvo l'articolo 296 del Trattato”.*

Detto articolo del Trattato U.E. fa salve le legislazioni nazionali, e le deroghe alla concorrenza che esse introducono, in materia di commercio di armi, munizioni e materiale bellico destinati a fini specificamente militari.

Sul punto, va rilevato che l'applicazione di tale deroga al diritto comunitario degli appalti non è automatica, ma deve essere giustificata caso per caso, ovvero solo se è necessaria per realizzare l'obiettivo della salvaguardia degli interessi essenziali di sicurezza invocati dal Trattato. In ogni caso, l'onere della prova incombe sullo Stato membro.

E' altresì evidente che, se da un lato, le forniture di armi devono essere destinate, di norma, a fini specificamente militari, dall'altro, va fatto un discorso nell'ipotesi di utilizzo *“civile”* delle armi e/o del materiale bellico.

Si deve ritenere, infatti, che in questo caso sia legittima la sottrazione alla concorrenza delle forniture che abbiano un duplice scopo.

In particolare, si evidenzia che l'atto di segretazione possa essere apposto anche nel caso di forniture destinate sia ad usi civili che militari, laddove non sia possibile scindere l'oggetto della prestazione.

Si deve ritenere cioè che la finalizzazione dei beni oggetto delle forniture ad un duplice utilizzo (e cioè all'uso sia civile che militare),

e la *ratio* dell'istituto della segretezza impediscono di operare la separazione degli oggetti delle forniture.

Ne consegue che, in presenza di incontestate esigenze di riservatezza nell'acquisto di strumenti impiegati ai fini della salvaguardia della sicurezza nazionale, la misura della segretezza della fornitura di materiali destinati (anche) a quella finalità si rivela senz'altro coerente con il presupposto che autorizza la sottrazione dell'acquisto al regime della concorrenza.

E' significativo, al riguardo, segnalare che, con riferimento ad acquisti di elicotteri da parte del Ministero dell'Interno, si è osservato che (*cfr.* Cons. Stato, Sez. IV, 10 giugno 2005, n. 3068), ammettendo la legittimità della segretezza per i soli strumenti che assicurano il funzionamento degli elicotteri, si finisce per negare ogni soddisfazione all'interesse che (viceversa) si riconosce contestualmente apprezzabile ed esistente: si impone, cioè, alle amministrazioni che intendono acquistare elicotteri destinati a finalità (anche militari) di rendere pubblica non solo la loro intenzione di approvvigionarsi di elicotteri civili, ma anche quella di impiegare i mezzi a scopo di difesa. Sennonché, con la diffusione di tale informazione si pregiudica proprio quell'interesse alla riservatezza, alla cui piena soddisfazione, di contro, il decreto di segretezza risulta correttamente preordinato.

In siffatto contesto, si è dunque affermato che *“risulta, in definitiva, impossibile scindere l'oggetto della fornitura e circoscrivere l'applicazione del regime dell'evidenza pubblica alle sole parti del mezzo non strumentali all'impiego interoperativo, senza impedire la completa soddisfazione dell'esigenza di riservatezza sopra segnalata e, quindi, senza nuocere al relativo, preminente (anche sulla concorrenza) interesse della sicurezza dello Stato. Ne deriva che la contestata segretezza, oltre ad essere legittimamente fondata su esigenze di tutela apprezzabili nella loro consistenza e pregnanza, si rivela anche correttamente estesa, nel suo ambito oggettivo, alla fornitura dei velivoli, nella loro interezza strutturale”*.

Art. 17. Contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza

“1. Le opere, i servizi e le forniture destinati ad attività della Banca d'Italia, delle forze armate o dei corpi di polizia per la difesa della Nazione o per i compiti di istituto nonché dell'amministrazione della giustizia e dell'amministrazione finanziaria relativamente alla gestione del sistema informativo della fiscalità, o ad attività degli enti aggiudicatori di cui alla parte III, nei casi in cui sono richieste misure speciali di sicurezza o di segretezza in conformità a disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti o quando lo esiga la protezione degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato, possono essere eseguiti in deroga alle disposizioni relative alla pubblicità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nel rispetto delle previsioni del presente articolo.

2. *Le amministrazioni e gli enti utenti dichiarano con provvedimento motivato, le opere, servizi e forniture da considerarsi «segreti» ai sensi del regio decreto 11 luglio 1941, n. 1161 e della legge 24 ottobre 1977, n. 801 o di altre norme vigenti, oppure «eseguibili con speciali misure di sicurezza».*

3. *I contratti sono eseguiti da operatori economici in possesso, oltre che dei requisiti previsti dal presente Codice, dell'abilitazione di sicurezza.*

4. *L'affidamento dei contratti dichiarati segreti o eseguibili con speciali misure di sicurezza avviene previo esperimento di gara informale a cui sono invitati almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto del contratto e sempre che la negoziazione con più di un operatore economico sia compatibile con le esigenze di segretezza.*

5. *L'operatore economico invitato può richiedere di essere autorizzato a presentare offerta quale mandatario di un raggruppamento temporaneo, del quale deve indicare i componenti. La stazione appaltante o l'ente aggiudicatore entro i successivi dieci giorni è tenuto a pronunciarsi sull'istanza; la mancata risposta nel termine equivale a diniego di autorizzazione.*

6. *Gli incaricati della progettazione, della direzione dell'esecuzione e del collaudo, qualora esterni all'amministrazione, devono essere in possesso dell'abilitazione di sicurezza.*

7. *I contratti di cui al presente articolo posti in essere da amministrazioni statali sono sottoposti esclusivamente al controllo successivo della Corte dei conti, la quale si pronuncia altresì sulla regolarità, sulla correttezza e sull'efficacia della gestione. Dell'attività di cui al presente comma è dato conto entro il 30 giugno di ciascun anno in una relazione al Parlamento”.*

L'art. 17 sottrae all'applicazione del d.lgs. 163/06 i contratti c.d. “segretati”, recependo gli artt. 14 e 57, direttiva 18/2004 e l'art. 21, direttiva 2004/17; tale articolo riproduce, altresì, gli artt. 33, della legge n. 109/94 e 82, d.P.R. n. 554/1999, estendendone l'ambito di applicaione anche a servizi e forniture.

La nuova disposizione elimina alcune garanzie eccessive previste dalla precedente disciplina, incompatibili con le esigenze di segretezza e, in particolare:

- la necessità che l'oggetto dell'appalto, oltre che segreto, sia anche indifferibile e urgente;

- la necessità che alla gara informale siano invitati almeno quindici concorrenti;

-infine, la possibilità, sottesa dall'art. 33, della cessata legge n. 109/94, secondo l'interpretazione accolta in giurisprudenza, che anche per gli appalti segreti si debba far ricorso, in taluni casi, a procedure di evidenza pubblica.

L'art. 17 dispone, innanzitutto, che le opere, i servizi e le forniture destinati ad attività della Banca d'Italia, delle forze armate o dei corpi di polizia per la difesa della Nazione o per i compiti di istituto, nonché

I contratti segreti vengono estesi anche agli appalti di servizi e forniture

I presupposti legittimanti la segretezza

dell'Amministrazione della giustizia o ad attività degli enti aggiudicatori di cui alla parte III (c.d. "settori speciali"), nei casi in cui sono richieste misure speciali di sicurezza o di segretezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti, o quando lo esiga la protezione degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato, possono essere eseguiti in deroga alle disposizioni relative alla pubblicità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nel rispetto delle previsioni recate dal medesimo articolo.

Rispetto all'art. 33 della legge Merloni, scompare l'esigenza che le opere siano dichiarate indifferibili e urgenti, il che appare condivisibile, atteso che l'esigenza di segretezza non è necessariamente connessa all'urgenza.

Secondo l'interpretazione accolta dalla giurisprudenza comunitaria, la nozione di sicurezza nazionale può essere invocata dagli Stati membri solo a fronte di minacce reali e sufficientemente gravi.

Per quanto riguarda la individuazione delle opere c.d. "segrete", occorre avere riguardo alla disciplina del segreto di Stato, di cui al R.D. 11 luglio 1941, n. 1161 ed alla legge 24 ottobre 1977, n. 801.

Ai sensi dell'art. 1, R.D. n. 1161/1941, sono coperte da segreto militare le notizie indicate nell'allegato al decreto. A sua volta, l'allegato elenca, tra l'altro, le notizie relative ad opere, forniture e servizi dell'amministrazione militare, indicando analiticamente la tipologia di beni e lavori di cui non deve darsi notizia.

Ai sensi dell'art. 12, legge n. 801/1977, sono coperti da segreto di Stato, oltre che atti, documenti e notizie, anche le attività e ogni altra cosa (e dunque anche i lavori e le opere pubbliche) *"la cui diffusione sia idonea a recar danno alla integrità dello Stato democratico, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, al libero esercizio delle funzioni degli organi costituzionali, alla indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato. In nessun caso possono essere oggetto di segreto di Stato fatti eversivi dell'ordine costituzionale"*.

Sulla base di tali norme primarie, l'amministrazione deve di volta in volta, per le singole opere pubbliche, adottare il provvedimento di segretezza, con cui dichiara che l'opera è da considerare segreta ai sensi della suddetta normativa.

Per quanto riguarda gli appalti di lavori, la cui esecuzione richieda speciali misure di sicurezza, la giurisprudenza ha ritenuto che la costruzione di alloggi di servizio per il personale militare rientri tra i lavori la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, per i quali sono consentite deroghe alle procedure di evidenza pubblica previste dal diritto comunitario, trattandosi di opere preordinate a garantire la funzionalità di enti, comandi e reparti militari, e quindi di diretta rilevanza per la difesa e la sicurezza dello Stato (*cf.* Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 1986, n. 582).

Per sottrarre un appalto alle procedure di evidenza pubblica di derivazione comunitaria non basta, tuttavia, il generico riferimento alla necessità di speciali misure di sicurezza, ma occorre invece una puntuale motivazione sulle misure di sicurezza necessarie che verranno in concreto adottate, né basta il generico riferimento alla difficoltà di svolgere le verifiche antimafia nei confronti di imprese non italiane (cfr. Corte dei Conti, Sez. contr. Stato, 5 luglio 2000, n. 69).

Il comma 2 dell'art. 17 conferma che la segretezza deve essere dichiarata con provvedimento "motivato" dell'amministrazione "usuaria" del bene, e che i presupposti della segretezza ovvero dell'esecuzione con speciali misure di sicurezza si rinvengono nel R.D. n. 1161 del 1941 e nella legge n. 801 del 1977.

Si afferma, dunque, anzitutto la necessità di un provvedimento, non discendendo la segretezza direttamente dalla legge.

Già in precedenza la giurisprudenza aveva affermato che le opere di cui al R.D. n. 1161, per essere affidate al di fuori delle procedure di evidenza pubblica, dovevano formare oggetto di espresso provvedimento di segretezza, non essendo sufficiente l'astratta riconducibilità dell'opera alle ipotesi di segreto contemplate dal R.D. citato: *"l'esonero dalla procedura comunitaria per l'espletamento di appalti di opere pubbliche, ai sensi dell'art. 5, letto e), legge n. 584 del 1977, presuppone sempre un apposito atto amministrativo che dichiari la segretezza dei lavori, anche se tali lavori rientrino nell'elencazione contenuta nel R.D. n. 1161 del 1941, che concerne l'individuazione delle notizie di cui è vietata la divulgazione, ai fini dell'applicazione delle norme del Codice penale"* (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 24 febbraio 1987, n. 173).

La necessità di motivazione del provvedimento era già affermata dalle norme anteriori al d.lgs. 163/06.

In tal senso, disponeva l'art. 82, comma 1, d.P.R. n. 554 del 1999, a tenore del quale le amministrazioni usuarie del bene oggetto dell'intervento dichiarano, con provvedimento motivato, le opere di cui all'art. 33, legge n. 109/94, da considerarsi "segrete" ai sensi del R.D.n. 1611 del 1941 o della legge n. 801 del 1977, oppure *"eseguibili con speciali misure di sicurezza"*.

Anche ai sensi dell'art. 122, comma 1, del Regolamento per i lavori del genio militare (d.P.R. n. 170 del 2005), le opere e i lavori da considerare segreti, oppure eseguibili con speciali misure di sicurezza, sono dichiarati tali con provvedimento motivato dall'autorità all'uopo designata, in base alle procedure e alle disposizioni vigenti nell'ambito del Ministero della difesa.

Il comma 2 dell'art. 17 conferma che la segretezza deve essere dichiarata con provvedimento dell'amministrazione "usuaria" del bene. In buona sostanza, viene mutuata l'identica previsione recata dall'art. 82, d.P.R. n. 554/99.

In tal senso si era già pronunciata la giurisprudenza, secondo cui il giudizio sulla segretezza dell'opera spetta all'organo usuario della

La motivazione del provvedimento di segretezza

L'organo competente ad adottare il provvedimento di segretezza

stessa (*cf.* Corte dei Conti, Sez. contr. Stato, 22 giugno 1993, n. 101): esemplificando, si è affermato che la dichiarazione di segretezza in relazione alla realizzazione di un carcere mandamentale non compete al Comune proprietario dell'edificio, ma al Ministro di grazia e giustizia, usuario dello stesso (*cf.* Cons. Stato, sez III, 14 luglio 1987, n. 884).

Sempre in giurisprudenza, la dichiarazione di segretezza deve intervenire prima che sia dato avvio al procedimento di aggiudicazione (*cf.* Cons. Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2004, n. 6491).

L'art. 17, comma 3, conferma la necessità che chi esegue i contratti segreti deve essere in possesso, oltre che dei requisiti ordinari di qualificazione, anche dell'abilitazione di sicurezza (*cf.* in tal senso l'art. 122, comma 1, d.P.R. n. 170/05 e l'art. 82, comma 2, d.P.R. 554/99 cit.).

Analogamente per gli incaricati della attività di progettazione, direzione dell'esecuzione e del collaudo, qualora esterni all'amministrazione.

Il possesso dell'abilitazione di sicurezza deve permanere per tutta la durata dei lavori (*cf.* Cons. Stato, Sez. IV, 9 agosto 2000, n. 4379).

Le disposizioni in materia di rilascio del nulla osta di sicurezza personale (c.d. n.o.s.) sono recate dal d.P.C.M. 3 giugno 2005, il quale prevede che l'Autorità nazionale di sicurezza (A.N.S.) preposta al sistema è il Presidente del Consiglio dei Ministri.

Tuttavia, la competenza al rilascio dei n.o.s., fino al livello "segretissimo" può essere attribuita ai legali rappresentanti, dirigenti e impiegati di imprese individuali e società, su autorizzazione espressa del Presidente del Consiglio.

E' da ritenere che in caso di associazione temporanea di imprese partecipante alla gara segregata, tutte le imprese componenti la stessa debbano essere in possesso della abilitazione di sicurezza: in tal senso dispone, espressamente, l'art. 122, comma 6, citato.

Il d.lgs. 163/06 dispone che l'affidamento dei contratti dichiarati segreti o eseguibili con speciali misure di sicurezza deve avvenire previo esperimento di gara informale, a cui sono invitati almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto del contratto e sempre che la negoziazione con più di un operatore economico sia compatibile con le esigenze di segretezza (art. 17, comma 4).

Secondo il d.P.R. n. 554 del 1999, invece, alla gara informale andavano invitati da 5 a 15 concorrenti, il che appariva eccessivo rispetto alle esigenze di segretezza.

Il Codice rimette alle SS.AA. la disciplina della gara informale. Invece, il d.P.R. n. 554, con eccessivo formalismo, per gli appalti segreti rinviava alla disciplina della gara informale dettata dal medesimo regolamento per la trattativa privata (art. 78).

Giova osservare che l'art. 82 e l'art. 78 del d.P.R. n. 554 sono stati abrogati dal Codice (*cf.* art. 256 del d.lgs. 163), sicché per il futuro la disciplina degli appalti segreti, anche per ciò che concerne la

I requisiti di qualificazione

**La procedura per
l'affidamento degli appalti
segreti**

procedura di affidamento, è quella recata dall'art. 17. E' rimasto in vigore, invece, il d.P.R. n. 170 del 2005, per i lavori del genio militare, fino all'adozione del nuovo regolamento per i lavori, servizi, forniture del genio militare, che dovrà disciplinare anche gli appalti segreti della difesa.

Pertanto, è ancora in vigore la procedura informale per la scelta dell'affidatario negli appalti di lavori segreti del Genio militare, dettata dall'art. 122, d.P.R. n. 170.

In particolare, al comma 3 di detta norma si stabilisce che le opere dichiarate segrete e quelle eseguibili con particolari misure di sicurezza, per le quali si renda necessario tutelare la riservatezza nel loro complesso, in rapporto alla ubicazione, alla funzione ed all'urgenza delle stesse, sono affidate mediante gara informale, secondo le procedure di cui all'art. 116 (trattativa privata) del medesimo regolamento, di norma estesa ad un numero di imprese compreso tra 5 e 15.

Ove ricorrano le speciali condizioni di cui al comma 5 dell'art. 116, d.P.R. n. 170/2005, a tenore del quale, per interventi di particolare valenza tecnica e operativa, decretati dal Ministro della difesa, la trattativa privata è ammessa nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato, anche per lavori di importo complessivo superiore ad Euro 300.000,00 si procede secondo quanto indicato all'art. 122 cit..

Nei restanti casi, l'affidamento avviene secondo le forme e procedure di cui agli artt. 19, 20 e 21 della legge 109/94, da intendersi ora come le procedure aperte e ristrette previste dagli artt. 54 e 55 del d.lgs. 163, richiedendo nel bando il requisito aggiuntivo dell'abilitazione di sicurezza.

E' poi prevista, in termini generali, la possibilità di ricorrere all'affidamento in economia, senza limiti di importo (artt. 123 e 183, d.P.R. n. 170 del 2005).

Sebbene l'art. 123, nel consentire l'affidamento in economia dei lavori segreti, non fissi ulteriori requisiti, da un esame sistematico del regolamento si desume che occorre anche l'ulteriore presupposto che i lavori segreti siano urgenti, ai sensi dell'art. 185.

Diversamente, vale a dire ove si ritenesse che i lavori segreti possano essere affidati in economia anche in carenza di ragioni di urgenza, la disciplina generale che regola l'utilizzo della trattativa privata e delle procedure di evidenza pubblica per i lavori segreti, sarebbe del tutto superflua.

Art. 18. Contratti aggiudicati in base a norme internazionali

“1. Il presente Codice non si applica ai contratti pubblici disciplinati da norme procedurali differenti e aggiudicati in base:

a) ad un accordo internazionale, concluso in conformità del Trattato, tra l'Italia e uno o più Paesi terzi e riguardante forniture o lavori destinati alla realizzazione o allo sfruttamento congiunti di un'opera da parte degli Stati firmatari o concernente servizi destinati alla realizzazione comune o alla gestione comune di un progetto da parte

degli Stati firmatari; ogni accordo è comunicato a cura del Ministero degli affari esteri alla Commissione, che può consultare il comitato consultivo per gli appalti pubblici di cui all'articolo 77 della direttiva 2004/18 del 31 marzo 2004 e di cui all'articolo 68 della direttiva 2004/17;

b) ad un accordo internazionale concluso in relazione alla presenza di truppe di stanza e concernente imprese dello Stato italiano o di un Paese terzo;

c) alla particolare procedura di un'organizzazione internazionale.

1.bis In sede di aggiudicazione degli appalti da parte degli aggiudicatori, gli stessi applicano condizioni favorevoli quanto quelle che sono concesse da Paesi terzi agli operatori economici italiani in applicazione dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio”.

Con l'art. 18 del Codice vengono recepite nel nostro ordinamento le disposizioni contenute nelle direttive del 2004, in tema di appalti aggiudicati in base ad accordi internazionali (artt. 15 e 57, direttiva 18/2004 e art. 22, direttiva 2004/17), regole già esistenti nelle precedenti direttive e già codificate nel diritto italiano (v. art. 4, d.lgs. n. 358/92; art. 5, d.lgs. n. 157/95; art. 8, d.lgs. n. 158/95).

Art. 19. Contratti di servizi esclusi

“1. Il presente Codice non si applica ai contratti pubblici:

a) aventi per oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni; tuttavia, i contratti di servizi finanziari conclusi anteriormente, contestualmente o successivamente al contratto di acquisto o di locazione rientrano, a prescindere dalla loro forma, nel campo di applicazione del presente Codice;

b) aventi per oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi destinati alla trasmissione da parte di emittenti radiotelevisive e appalti concernenti il tempo di trasmissione;

c) concernenti i servizi d'arbitrato e di conciliazione;

d) concernenti servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari, in particolare le operazioni di approvvigionamento in denaro o capitale delle stazioni appaltanti, nonché i servizi forniti dalla Banca d'Italia;

e) concernenti contratti di lavoro;

f) concernenti servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente alla stazione appaltante, perché li usi nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione.

2. Il presente Codice non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministrazione aggiudicatrice o ad

un'associazione o consorzio di amministrazioni aggiudicatrici, in base ad un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il Trattato”.

L'art. 19 riproduce la disciplina dei contratti di servizi esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive, ai sensi degli artt. 16 e 18 della direttiva 2004/18, e 24 e 25 della direttiva 2004/17, già contemplati rispettivamente dagli artt. 5 del d.lgs. n. 157/95 e 8 del d.lgs. n. 158/95.

La prima tipologia concerne i contratti aventi per oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni.

La norma conferma la sostanziale estraneità alla disciplina comunitaria delle negoziazioni relative ad immobili esistenti e diritti reali sugli stessi, in ragione del carattere dell'oggetto della prestazione, indissolubilmente legato al territorio.

L'esclusione non è estesa ai contratti di servizi finanziari conclusi anteriormente, contestualmente o successivamente al contratto di acquisto o di locazione, i quali rientrano, a prescindere dalla loro forma, nel campo di applicazione del d.lgs. 163/06. Uno degli aspetti problematici dell'esclusione è il ricorso all'acquisto di cosa futura ed al *leasing*, dal momento che tali istituti si prestano a finalità elusive della disciplina sugli appalti.

Il Consiglio di Stato (*cf.* parere Ad. Gen. 17 febbraio 2000, n.2) ha ritenuto ammissibile e conforme alla disciplina, sia interna che comunitaria, la conclusione, da parte dell'amministrazione, di contratti di acquisto di cosa futura, subordinatamente al preventivo, motivato apprezzamento del carattere infungibile del bene, per le sue caratteristiche strutturali, topografiche e funzionali, come tali non acquisibili attraverso le ordinarie modalità o comunque a prezzi, condizioni e tempi non compatibili con il solerte perseguimento dell'interesse pubblico.

Sul tema, l'Autorità di Vigilanza, con deliberazione n. 105 del 9 giugno 2004, ha assunto una posizione rigorosa in ordine all'ammissibilità del ricorso alla compravendita di cosa futura, istituto disciplinato dall'art. 1472 del Codice civile.

L'Autorità ha sostenuto la necessità di valutare preventivamente la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di realizzazione delle opere pubbliche, di cui alla legge n. 109/94 e s.m.i. e, solo in via residuale, ove risulti la non praticabilità in relazione a specialissime, motivate e documentate esigenze di celerità, funzionalità ed economicità, la possibilità di utilizzare lo strumento della compravendita di cosa futura, che costituisce un'ipotesi eccezionale e marginale per l'acquisizione di immobili da parte di pubbliche amministrazioni.

Il Consiglio di Stato (*cf.* sez. V, 10 gennaio 2005, n. 31) ha poi confermato le indicazioni fornite dall'Autorità, ribadendo il carattere

Le problematiche relative alla vendita di cosa futura ed al leasing immobiliare

La posizione dell'Autorità per la Vigilanza

eccezionale della tipologia contrattuale, suscettibile di prestarsi a finalità elusive della disciplina sull'affidamento dei lavori pubblici, nei casi in cui questa debba essere realizzata in funzione dell'uso previsto (c.d. acquisto su progetto).

L'art. 19, comma 1, lett. a) conferma questa impostazione restrittiva, dal momento che individua l'oggetto del contratto, ai fini dell'esclusione dall'ambito di applicabilità del Codice, nell'acquisto o locazione di "fabbricati esistenti".

Un problema analogo di compatibilità con la disciplina pubblicistica relativa all'affidamento dei lavori si ravvisa nel ricorso al *leasing* immobiliare, anch'esso riconducibile nell'ambito di applicazione dell'art. 19, comma 1, lett. a), riferito all'acquisto o locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie.

Nel contratto di *leasing* la causa prevalente è il finanziamento, in quanto l'obbligazione principale del concedente è la messa a disposizione di un bene appositamente acquistato o fatto costruire, per un certo periodo, cui corrisponde l'obbligazione, a carico dell'utilizzatore, di pagamento dei canoni periodici, il cui ammontare copre il costo dell'acquisto o della costruzione, gli oneri finanziari connessi all'anticipazione, le spese di gestione e l'utile del finanziatore. I rischi e le responsabilità relativi all'acquisto, custodia, conservazione e impiego del bene, ricadono sull'utilizzatore, al quale si estendono anche le garanzie prestate dal fornitore o appaltatore.

Il contratto di *leasing*

La locazione finanziaria è uno strumento solitamente utilizzato per supplire alla carenza di mezzi finanziari, anche se più oneroso rispetto ad altri astrattamente disponibili.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto l'operazione ammissibile, nella prospettiva generale della capacità della pubblica amministrazione di far ricorso al diritto privato (*cf.* Sez. III, 10 maggio 1994, n. 899).

Autorevole dottrina ha rilevato la potenzialità elusiva del *leasing* finanziario rispetto alla capacità degli enti locali in rapporto al c.d. "patto di stabilità interno", sottolineando che il *leasing*, "*nell'attuale quadro giuridico restrittivo in materia di finanza locale, può essere giustificato nei limiti della spesa per investimenti (ossia nel caso del riscatto), nel caso in cui gli enti locali non versino in situazione di disavanzo superiore a quello prefissato dal patto di stabilità interno per gli enti, mentre non sembra più giustificabile disinvoltamente per ovviare alla cronica carenza di mezzi finanziari degli enti locali*".

In questa prospettiva, il ricorso al *leasing* pubblico sarebbe precluso agli enti locali ed alle regioni a statuto speciale, e praticabile senza limiti contabili *ex art.* 119 Cost. dallo Stato, dagli enti pubblici istituzionali, e da altri organismi di diritto pubblico.

Il contratto di *leasing* e quello di compravendita o appalto che intercorre tra concedente e fornitore o costruttore del bene restano tuttavia distinti.

Superato l'orientamento che riteneva non ammissibile il ricorso al *leasing* da parte della pubblica amministrazione, in ragione della atipicità della causa, resta il problema della possibilità di utilizzo

dell'istituto in alternativa ai contratti tipici per la realizzazione di opere pubbliche.

Infatti, nell'ipotesi in cui il contratto non abbia ad oggetto un bene già esistente, si pongono problematiche analoghe a quelle evidenziate in relazione alla vendita di cosa futura, che attengono sostanzialmente alla natura infungibile del bene; quando il bene deve essere fatto costruire dalla società di *leasing*, l'istituto si presta ad una utilizzazione elusiva delle procedure di gara.

In questo caso la società di *leasing* si assume l'obbligo di finanziare la costruzione dell'immobile, di costruirlo e di consegnarlo all'ente, sul quale ricadono i consueti obblighi di pagamento del canone, con facoltà di riscatto.

Il contratto di *leasing* per altri versi, rientra anche nella nozione di "servizi bancari e finanziari" e, quindi, nell'ambito di applicazione del Codice, anche tenuto conto delle disposizioni relative al calcolo dell'importo stimato dell'appalto (art. 29, comma 12, lett. a.2) che fanno riferimento, tra l'altro, alle commissioni ed agli interessi, costituenti condizioni economiche riferibili anche alla fattispecie del *leasing*.

Già nel regime previgente risultava indubbia l'applicabilità del d.lgs. 157/95 al *leasing*, in quanto si tratta pur sempre di un contratto di appalto di servizi finanziari, secondo le categorie di riferimento della CPA. (tale classificazione è ora sostituita da quella di cui all'Allegato IIA del Codice che riproduce l'Allegato IIA della direttiva 2004/18, al quale rinvia l'art. 1 par. 2, lett. d) della stessa direttiva per la definizione dei servizi).

Lo stesso art. 19 del Codice conferma la previsione di cui all'art. 5, comma 2, lett. a) del d.lgs. n. 157 del 1995 e, dunque, l'applicabilità della disciplina generale ai contratti di servizi finanziari conclusi precedentemente, contestualmente o successivamente al contratto di acquisizione o locazione, indipendentemente dalla forma.

Più complessa è la fattispecie relativa al rapporto tra il *leasing* immobiliare e la normativa sulla scelta degli esecutori di lavori pubblici.

Mentre per quanto attiene alla scelta della società di *leasing* la normativa di evidenza pubblica risulta applicabile direttamente, lo stesso non sembra valere per la scelta dell'esecutore, poiché il contratto di appalto è stipulato dall'impresa di *leasing*.

Ad ogni buon conto, il Legislatore si è curato di dettare una norma *ad hoc* con il d.lgs. 113/07, aggiungendo un articolo al d.lgs. 163/06, poi successivamente integrato dal d.lgs. n. 152/2008, proprio al fine di regolamentare l'affidamento del *leasing* immobiliare.

Ed infatti, l'art. 160-bis disciplina proprio la locazione finanziario di opere pubbliche o di pubblica utilità, che sarà trattata nel prosieguo.

Circa le altre prestazioni escluse dall'ambito di applicazione del Codice, l'art. 19 riproduce le previsioni di cui agli artt. 5 d.lgs. n. 157/95 e 8 d.lgs. n. 158/95.

Le altre prestazioni escluse dall'applicazione del Codice ai sensi dell'art. 19

Si tratta di tipologie contrattuali non incidenti sugli obiettivi del Trattato, in quanto riferite al mercato interno.

Le esclusioni sono in alcuni casi legate alla natura delle prestazioni, in quanto basate sull'*intuitu personae*. E' il caso dei contratti aventi per oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi destinati alla trasmissione da parte di emittenti radiotelevisive e appalti concernenti il tempo di trasmissione (lett. b).

Il venticinquesimo considerando della direttiva 2004/18 individua le ragioni dell'esclusione nelle considerazioni di rilievo culturale e sociale, che si sostanziano nell'infungibilità tipica delle prestazioni di carattere spettacolare o artistico, che rendono inappropriata l'applicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti. L'esclusione si estende ai servizi preparatori, quali quelli relativi alle sceneggiature o alle prestazioni artistiche necessarie alla realizzazione del programma, nonché agli appalti concernenti il tempo di trasmissione.

Restano fuori dall'ambito dell'esclusione le forniture del materiale tecnico necessario alla produzione, alla coproduzione e alla trasmissione di tali programmi. Lo stesso considerando chiarisce che per trasmissione si deve intendere la ritrasmissione e la diffusione tramite qualsivoglia rete elettronica.

Parimenti infungibili sono le prestazioni concernenti i servizi di arbitrato e di conciliazione (lett. c). L'esclusione è motivata nel ventiseiesimo considerando della direttiva, in relazione al fatto che tali prestazioni sono svolte da enti o individui, le cui modalità di designazione e selezione non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Tale rilievo è direttamente confermato dalla natura stessa dei servizi in parola. Rientrano nell'esclusione tutti i contratti con cui le parti stipulano un contratto o inseriscono in un contratto una clausola di devoluzione della controversia che possa insorgere tra le stesse ad uno o più arbitri, in sostituzione del giudice ordinario.

Pertanto, vi rientra l'arbitrato c.d. "rituale", disciplinato dagli art. 806 e segg. c.p.c., come modificati dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

L'ambito di esclusione si estende sia all'arbitrato rituale, sia a quello irrituale, considerati entrambi di natura privata, ed in generale ai contratti per i servizi di "conciliazione", che sono diretti ad assicurare le risoluzioni delle liti.

L'esclusione va estesa anche alle figure affini all'arbitraggio (art. 1349 c.c.), che è l'atto mediante il quale un terzo, detto arbitratore, determina su incarico delle parti uno degli elementi del loro rapporto contrattuale, e della perizia contrattuale, figura utilizzata spesso nelle ipotesi in cui le parti stabiliscono, in funzione di prevenzione di controversie, che l'importo di un indennizzo sarà determinato da un esperto o da un collegio di esperti. Entrambe le fattispecie si caratterizzano per il carattere infungibile della prestazione e rientrano nell'ambito dei servizi di conciliazione.

Arbitrato e conciliazione

Nell'ambito dell'esclusione rientrano poi i contratti concernenti servizi finanziari (lett. d) relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari; in particolare, le operazioni di approvvigionamento in denaro o capitale delle amministrazioni aggiudicatrici, nonché i servizi forniti da banche centrali.

Il settimo considerando della direttiva 2004/18 richiama la decisione 94/800/CE del Consiglio, del 22 dicembre 1994, relativa alla conclusione a nome della Comunità Europea, per le materie di sua competenza, dell'Uruguay Round (1986-1994), con cui è stato approvato l'accordo sugli appalti pubblici, al fine di istituire un quadro multilaterale equilibrato di diritti e doveri in materia di appalti pubblici per liberalizzare ed espandere il commercio mondiale.

Il regime degli appalti ricadenti nell'ambito di applicabilità dell'Uruguay Round è quello oggetto della specifica disciplina posta dall'Accordo e, dunque, resta escluso dall'ambito di applicazione della direttiva.

Il ventisettesimo considerando della direttiva, nel richiamare l'Accordo, esclude quindi dal proprio ambito di applicazione i servizi finanziari relativi agli strumenti in materia di politica monetaria, tassi di cambio, debito pubblico, gestione delle riserve e di altre politiche che comportino operazioni su titoli o altri strumenti finanziari ed in particolare, le operazioni di approvvigionamento di denaro o capitale delle amministrazioni aggiudicatrici, oltre ai servizi forniti da banche centrali.

L'esclusione concernente i servizi finanziari sopra richiamati trova la sua giustificazione nelle caratteristiche dei prodotti finanziari, la cui negoziazione appare legata, in misura rilevante, al particolare giudizio di affidabilità di ciascun singolo operatore, e la cui verifica di convenienza si fonda esclusivamente sul favorevole e particolare giudizio di affidabilità e di solidità dell'impresa offerente.

L'esclusione va coordinata con la disciplina del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) che, all'art. 15, comma 1, nel recepire la norma già enunciata nell'art. 13, comma 1, del d.lgs. 14 dicembre 1992, n. 481 (attuativo della direttiva 89/646/CE relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso e l'esercizio delle attività degli enti creditizi), ha statuito, in tema di "libertà di stabilimento" degli istituti bancari, che *"le banche italiane possono stabilire succursali nel territorio della Repubblica e degli altri Stati comunitari"* e che *"la Banca d'Italia può vietare lo stabilimento di una nuova succursale per motivi attinenti all'adeguatezza delle strutture organizzative o della situazione finanziaria, economica e patrimoniale della banca"*.

Il riferimento di cui all'art. 19, comma 1, lett. d) del Codice, alle operazioni di approvvigionamento in denaro o capitale delle amministrazioni aggiudicatrici, va quindi inteso in senso restrittivo, allo scopo di non vanificare la liberalizzazione attuata dalla direttiva

89/646/CE, che comprende i servizi oggetto dell'attività bancaria, servizi bancari e finanziari contemplati nell'Allegato IIA (numeri di riferimento CPV da 66100000-1 a 66430000-3 e da 67110000-1 a 67262000-1) della direttiva 2004/18 (cfr. Regolamento CE n. 2195/2002 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 novembre 2002, relativo al Vocabolario comune per gli appalti pubblici (CPV), modificato dal Regolamento CE n. 2151/2003 della Commissione del 16 dicembre 2003).

La genericità della nozione di "servizi bancari e finanziari", determina, infatti, un'area di incertezza che deriva dal suo coordinamento con l'indicazione puntuale dei servizi che sono stati espressamente esclusi dall'ambito di operatività della disciplina.

La scelta dell'istituto di credito per la stipulazione di un contratto di mutuo e dei servizi di tesoreria deve invece ritenersi, in base all'orientamento giurisdizionale emerso nel previgente regime, soggetta alle disposizioni del Codice (in tal senso, con riferimento al d.lgs. n. 157/95, Cons. Giust. Amm. Sic., Sez. giur., 8 luglio 1998, n. 429; in senso contrario, Corte dei conti, Sez. contr. Sic., 7 maggio 1999, n. 13).

Resta, invece, sottratto all'ambito di applicazione del Codice il contratto di riporto, di cui all'art. 1548 c.c., che ha per oggetto l'acquisto di titoli.

La lettera e) dell'art. 19 annovera tra i contratti esclusi quelli concernenti i contratti di lavoro.

L'art. 8, lett. f), del d.lgs. n. 158/95 (e con disposizione identica l'art. 5 d.lgs. n. 157/95) includeva nell'ambito delle esclusioni i contratti aventi per oggetto servizi di ricerca e selezione del personale. Tale esclusione non trovava adeguato riscontro nella direttiva 93/38, che si riferiva invece, nel ventiquattresimo considerando, ai contratti di lavoro.

Questa categoria di servizi, definita di "collocamento e reperimento del personale" era invece inclusa nell'allegato XVIB della direttiva, nell'ambito dei servizi soggetti unicamente alle disposizioni in materia di prescrizioni tecniche e di comunicazioni alla Commissione CE (artt. 19 e 28 del d.lgs. n. 158/95).

Il trentanovesimo considerando della direttiva 2004/17 ed il ventottesimo considerando della direttiva 2004/18, sottolineano il ruolo dell'occupazione e delle condizioni di lavoro per garantire pari opportunità a tutti i cittadini e contribuire all'inserimento nella società. Conseguentemente, gli artt. 24 della direttiva 2004/17 e 16 della direttiva 2004/18 escludono dal proprio campo di applicazione gli appalti di servizi concernenti i contratti di lavoro.

Con la nuova formulazione dell'art. 19, comma 1, lett. e), risultano correttamente recepite tali norme e viene meno l'esclusione relativa ai servizi di ricerca e selezione del personale.

L'ultima categoria di appalti ricompresi nell'ambito dei servizi esclusi è quella di cui alla lett. f), concernente i contratti di servizi di ricerca e sviluppo, diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente

I contratti di lavoro

**Servizi di ricerca e sviluppo
con prestazione interamente
retribuita
dall'amministrazione**

all'amministrazione aggiudicatrice, perché li usi nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione.

La norma riproduce sostanzialmente le esclusioni già previste dagli artt. 5 d.lgs. n. 157 e 8 del d.lgs. n. 158 e recepisce la specifica esclusione prevista dagli artt. 16 della direttiva 2004/18 e 24 lett. e) della direttiva 2004/17.

Il ventitreesimo considerando della direttiva 2004/18 ed il trentasettesimo della direttiva 2004/17, riconducono la *ratio* dell'esclusione all'art. 163 del Trattato, che favorisce la promozione della ricerca e dello sviluppo tecnologico, in quanto strumento per potenziare le basi scientifiche e tecnologiche dell'industria della Comunità anche con l'apertura degli appalti pubblici di servizi, che contribuisce al conseguimento di questo obiettivo.

L'esclusione dunque non riguarda l'oggetto, in quanto i servizi di ricerca e sviluppo sono compresi nell'Allegato IIA della direttiva 2004/18 e del Codice che lo riproduce (Categoria 8, numero di riferimento CPC 85, numero di riferimento CPV da 73000000-2 a 73300000-5 (da 73200000-4, 73210000-7, 7322000-0), ma in sostanza il cofinanziamento di programmi di ricerca svolti nell'interesse pubblico.

Pertanto, nell'ambito di esclusione ricade, soltanto, per l'evidente carattere infungibile della prestazione legata all'elevato grado di specializzazione dei prestatori, l'appalto destinato a perseguire una finalità tecnico-scientifica i cui benefici siano diretti a vantaggio dell'intera collettività ed a condizione che la prestazione dei servizi sia interamente retribuita da tale amministrazione.

Per l'effetto, non rientra nell'esclusione l'appalto destinato a produrre un risultato utile a favore dell'aggiudicatore, come nel caso di un contratto stipulato per acquisire un servizio direttamente utilizzato, anche se connotato da un particolare carattere di innovazione.

La disposizione in esame recepisce l'art. 25 della direttiva 2004/17 e l'art. 18 della direttiva 2004/18, di identico tenore letterale, precisandone il contenuto sotto il profilo letterale, senza mutarne la sostanza, e riprende l'art. 6 della direttiva 92/50/CE, il quale disponeva: *“La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che è esso stesso un'amministrazione ai sensi dell'art.1, lett. b), in base a un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari od amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il Trattato”*.

Gli Stati nazionali (intesi come amministrazioni centrali, anche ad ordinamento autonomo, enti pubblici vigilati, amministrazioni locali, concessionari di pubblici servizi, ecc.) sono sempre stati sottratti al principio della concorrenza e della libera prestazione dei servizi, di cui all'art. 59 del Trattato, soltanto se, ed in quanto, esercitino le proprie funzioni tipiche, che quindi siano espressione, anche occasionale, della loro stessa sovranità.

Il regime di esclusione di cui al comma 2 dell'art. 19

La deroga è quindi strettamente connessa alla tematica delle società miste e degli affidamenti *in house*, originariamente prevista dal Codice all'art. 15, e poi soppressa in sede di approvazione definitiva (la norma recepiva i principi dettati dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Teckal*).

Sotto il profilo letterale, la ragione giuridica dell'esclusione era individuata in relazione al precetto della direttiva n. 92/50, secondo cui *“la prestazione di servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto quando si fonda su contratti d'appalto”*.

In base ai principi del Trattato (segnatamente l'art. 45, che esclude l'applicazione del diritto di stabilimento per le attività che partecipino sia pure occasionalmente all'esercizio di pubblici poteri), non è imposta la esternalizzazione di compiti o funzioni, ma solo il principio della gara quando l'amministrazione intenda ricorrere ai privati.

L'ingresso nel mercato dell'ente pubblico, anche se si avvale di procedure di gara per la scelta del gestore privato (socio della società mista) può tuttavia determinare un'alterazione della concorrenza in quanto il privato si avvantaggia dell'immissione di capitale pubblico e delle situazioni di privilegio, di diritto e di fatto, connesse alla titolarità del servizio pubblico, imponendo un monopolio di fatto (*cfr.* D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubb. comm.*, n. 1/1997, 58), che è anche di diritto nel caso in cui si avvalga di diritti esclusivi.

Con l'affermarsi dell'ordinamento comunitario si è quindi venuta a creare una divergenza tra il modello statale, imperniato sull'intervento pubblico nell'economia e quello comunitario, ispirato alla progressiva affermazione dell'apertura dei mercati e della libertà di impresa.

Nell'interpretazione della Corte di Giustizia, l'istituzione di servizi pubblici con carattere di esclusività è ammissibile solo nei limiti in cui sia necessario per lo svolgimento dello specifico compito del gestore, valendo altrimenti le regole di concorrenza di cui agli artt. 55 e ss. (*cfr.* Corte di Giustizia, 27 aprile 1994, n. 1377, in causa C-393/92, in *Racc. Corte Giust.*, 1994, 1, 2346).

La direttiva 2004/17, all'art. 2, comma 3, riprende sostanzialmente la definizione della direttiva 93/38, stabilendo che *“Ai fini della presente direttiva, i diritti speciali o esclusivi sono diritti concessi da un'autorità competente di uno Stato membro mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa, avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio di una attività di cui agli articoli da 3 a 7”*, aggiungendovi però *“e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività”*.

La disposizione è stata recepita integralmente dal Codice all'art. 207, nella delimitazione del campo di applicazione agli enti aggiudicatori dei settori speciali, di cui alla Parte III.

Nel venticinquesimo considerando della stessa direttiva 2004/17 viene, poi, chiarito che il potere di avvalersi, per costruire reti o

installare strutture portuali o aeroportuali, di una procedura per l'esproprio di pubblica utilità o per l'uso della proprietà privata, o di utilizzare, per installare impianti della rete, il suolo, il sottosuolo e lo spazio sovrastante la pubblica via, non costituisce in sé un diritto esclusivo o speciale.

Parimenti, non possono essere considerati diritti esclusivi o speciali quelli concessi da uno Stato membro in qualsiasi forma, anche mediante atti di concessione, ad un numero limitato di imprese in base a criteri obiettivi, proporzionali e non discriminatori, che offrano agli interessati che soddisfino tali criteri la possibilità di beneficiarne. Pertanto, le presunzioni indicate nel precedente regime sono venute meno, avendo il venticinquesimo considerato chiarito che il potere di avvalersi di una procedura per l'esproprio di pubblica utilità o per l'uso della proprietà privata, o di imporre servitù, non costituisce in sé un diritto esclusivo o speciale e neppure è ravvisabile un diritto del genere nell'approvvigionamento di acqua potabile in favore di un soggetto titolare di diritti speciali o esclusivi.

Dal combinato disposto del richiamato considerando con l'art. 2, comma 3, della direttiva 2004/17, si evince che, ai fini dell'assoggettamento alla disciplina posta dalla direttiva di soggetti che non sono autorità pubbliche o imprese pubbliche, risulta essenziale che la disposizione legislativa - che attribuisce diritti speciali ed esclusivi - determini un'incidenza sostanziale sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività e che tali diritti (argomentando *a contrario* dal venticinquesimo considerando) siano stati attribuiti ad un numero limitato di imprese in base a criteri non obiettivi, non proporzionali e discriminatori.

Tale disposizione, recepita dall'art. 207 del Codice, pur non rilevando direttamente, chiarisce la portata del riferimento di cui all'art.19, comma 2, del d.lgs. 163/06, ai diritti esclusivi.

Infatti, l'attribuzione di diritti esclusivi in favore di soggetti che sono essi stessi amministrazioni aggiudicatrici, avviene di solito *ex lege* e non sulla base di criteri obiettivi, proporzionali e non discriminatori, che vengono invece in rilievo ai fini dell'affidamento della concessione di servizi pubblici a terzi, ai sensi dell'art. 30, comma 2; da ciò, l'ulteriore restrizione prevista dall'art.19, comma 2, che le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, in base alle quali un'amministrazione aggiudicatrice o soggetto equiparato fruisce di diritti esclusivi, siano compatibili con il Trattato.

La compatibilità va rilevata per i singoli settori, in relazione al processo di avanzamento della liberalizzazione ed apertura ai mercati.

L'art. 19, comma 2, nel prevedere l'esclusione dal proprio ambito di applicazione degli appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministrazione aggiudicatrice o ad un'associazione o consorzio di amministrazioni aggiudicatrici, presuppone che il soggetto, anche eventualmente costituito in forma societaria, non può agire in un mercato in senso proprio, in quanto può avere come

contraenti solo alcuni enti pubblici e non ha scopo di lucro (*cf.* Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1577; Sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 147; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 11 gennaio 1995, n. 549).

La ragione dell'esclusione disposta dall'art. 6 della direttiva 92/50/CE e riproposta dagli artt. 25 della direttiva 2004/17 e 18 della direttiva 2004/18, sembra quindi doversi ravvisare nella circostanza che l'attività delle "amministrazioni aggiudicatrici", tra le quali sono compresi gli "organismi di diritto pubblico", non segue gli ordinari meccanismi di mercato, perseguendo finalità diverse dalla gestione lucrativa, correlate all'attribuzione di diritti esclusivi da parte delle amministrazioni pubbliche, alle quali sono assimilabili sotto tale profilo.

In buona sostanza, i servizi esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive e quindi del Codice, si caratterizzano, proprio perché affidati da un'amministrazione aggiudicatrice all'altra, per il carattere non industriale o commerciale degli stessi, mutuato dalla definizione di organismo di diritto pubblico assunta a livello comunitario, in quanto diretti al soddisfacimento dell'interesse pubblico istituzionale dell'ente aggiudicatore destinatario delle prestazioni.

La deroga è quindi strettamente legata a prestazioni che costituiscono erogazione di servizi pubblici in senso oggettivo. In questa prospettiva, è stato ritenuto non qualificabile come servizio pubblico il rapporto intercorrente tra una amministrazione locale e una azienda speciale, avente ad oggetto la fornitura di calore, evidenziando il nesso tra il carattere del servizio e l'affidamento diretto, sul presupposto del principio generale in materia di attività economiche, in virtù del quale le amministrazioni non godono di alcun privilegio o privativa o diritto esclusivo assimilabili a quelli previsti dall'art. 6 della direttiva 92/50 (*cf.* TAR Emilia Romagna Parma, 17 ottobre 2000, n. 444).

Ne consegue che nei casi in cui le amministrazioni si trovano nella necessità di procurarsi prestazioni di servizi, rispetto ai quali nessuna disposizione di legge ricollega ad enti pubblici diritti speciali di privativa (nella specie si trattava di forniture di combustibili, cioè di prestazioni agevolmente reperibili sul mercato in regime di concorrenza), non possono avvalersi della deroga prevista dalla norma comunitaria, ed ora dall'art. 19, comma 2, del Codice, ai fini dell'affidamento diretto ad una azienda speciale, sul presupposto della natura strumentale della stessa e del rapporto organico con l'Ente di riferimento.

Art. 20. Appalti di servizi elencati nell'allegato II B

"1. L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

2. Gli appalti di servizi elencati nell'allegato II A sono soggetti alle disposizioni del presente Codice.)

Art. 21. Appalti aventi ad oggetto sia servizi elencati nell'allegato II A sia servizi elencati nell'allegato II B

“1. Gli appalti aventi per oggetto sia servizi elencati nell'allegato II A che servizi elencati nell'allegato II B sono aggiudicati conformemente all'articolo 20, comma 1 se il valore dei servizi elencati nell'allegato II B sia superiore al valore dei servizi elencati nell'allegato II A”.

Gli artt. 20 e 21 del Codice recepiscono le indicazioni sul doppio regime di applicazione della normativa comunitaria sui servizi, già previsto dagli artt. 3, comma 2, del d.lgs. n.157/95, per i settori ordinari e 7, comma 3, del d.lgs. n. 158/95, per i settori speciali, in attuazione delle disposizioni contenute agli artt. 20 e 21 della direttiva 2004/18 e 31 e 32 della direttiva 2004/17.

Le richiamate disposizioni della direttiva sono formulate in maniera identica e prevedono l'applicazione del regime integrale delle direttive (artt. da 23 a 55, per la direttiva 2004/17 e da 34 a 59 per la direttiva 2004/18) per quelle categorie di servizi per le quali il grado avanzato del processo di liberalizzazione ed apertura dei mercati, consente di disciplinare con le regole comunitarie gli appalti ad essi riferiti.

Tali categorie sono elencate nell'Allegato IIA della direttiva 2004/18 e nell'Allegato XVIIIA della direttiva 2004/17 (servizi di manutenzione e riparazione, servizi di trasporto terrestre, inclusi i servizi con furgoni blindati, e servizi di corriere ad esclusione del trasporto di posta, etc). Gli Allegati alle direttive comprendono le stesse categorie per entrambe, suddivise con il consueto sistema delle classificazioni per denominazioni e numeri di riferimento CPV e CPC (questi ultimi assunti nelle previgenti direttive 92/50 e 93/38).

I servizi compresi nell'Allegato IIB della direttiva 2004/18 e nell'Allegato XVIIIB, in base agli artt. 21 della direttiva 2004/18 e 32 della direttiva 2004/17, sono invece soggetti ad un regime di applicazione attenuato, stabilito dall'art. 23 e dall'art. 35, paragrafo 4, della direttiva 2004/18 e dagli artt. 34 e 43 della direttiva 2004/17.

Tale categoria di servizi è soggetta, quindi, in primo luogo alle disposizioni sulle specifiche tecniche, la cui *ratio* è quella di consentire pari accesso agli offerenti e di evitare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza (art. 23 direttiva 2004/18 e 34 direttiva 2004/17).

Risultano, poi, applicabili alcune regole minime di pubblicità, imponendosi sia per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, sia per la conclusione di un accordo quadro, l'avviso in merito ai risultati della procedura di aggiudicazione.

Nella logica di semplificazione, stante l'identità dei contenuti delle categorie indicate negli allegati alle direttive 17/2004 e 18/2004, il d.lgs. 163/06 ha accorpato le tipologie dei servizi previsti all'Allegato IIA della direttiva 2004/18 e all'Allegato XVIIIA della direttiva 2004/17, in unico Allegato IIA.

Tale Allegato, oltre a stabilire, mutuando la tecnica legislativa delle direttive, in virtù del rinvio operato dall'art. 3, comma 11, la nozione

di appalto di servizi, indica la tipologia di servizi soggetti integralmente alla disciplina del Codice (art. 20, comma 2).

Le tipologie di servizi soggette al regime differenziato contenute rispettivamente, nell'Allegato IIB della direttiva 2004/18 e nell'Allegato XVIIIB della direttiva 2004/17, risultano quindi unificate nell'Allegato IIB del Codice.

Agli appalti aventi ad oggetto queste tipologie di servizi, si applicano esclusivamente le norme di cui all'art. 68 (specifiche tecniche), all'art. 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento) ed all'art. 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

Il Codice, pertanto, si uniforma pienamente al regime delle direttive, sia per quanto concerne l'obbligatoria applicazione delle specifiche tecniche, a prescindere dalla tipologia dei servizi, sia per il regime della pubblicità.

L'art. 21 risolve il conflitto potenziale tra le disposizioni applicabili in caso di appalti misti aventi per oggetto sia servizi elencati nell'allegato II A che servizi elencati nell'allegato II B, facendo applicazione del principio della prevalenza quantitativa delle prestazioni, in conformità alle previsioni di cui agli artt. 22 direttiva 2004/18 e 33 direttiva 2004/17.

Art. 22. Contratti esclusi nel settore delle telecomunicazioni

“1. Il presente Codice non si applica ai contratti pubblici principalmente finalizzati a permettere alle amministrazioni aggiudicatrici la messa a disposizione o la gestione di reti pubbliche di telecomunicazioni o la prestazione al pubblico di uno o più servizi di telecomunicazioni”.

Art. 23. Contratti relativi a servizi al pubblico di autotrasporto mediante autobus

“1. Il presente Codice non si applica agli appalti delle stazioni appaltanti relativi alla prestazione di un servizio al pubblico di autotrasporto mediante autobus, già esclusi dal campo di applicazione della direttiva 93/38/CEE in virtù dell'articolo 2, paragrafo 4, della stessa”.

Art. 24. Appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi

“1. Il presente Codice non si applica agli appalti nei settori di cui alla parte III aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi, quando l'ente aggiudicatore non gode di alcun diritto speciale o esclusivo per la vendita o la locazione dell'oggetto di tali appalti e quando altri enti possono liberamente venderlo o darlo in locazione alle stesse condizioni.

2. Gli enti aggiudicatori comunicano alla Commissione, su sua richiesta, tutte le categorie di prodotti o attività che considerano escluse in virtù del comma 1, entro il termine stabilito dalla Commissione medesima. Nelle comunicazioni possono indicare quali informazioni hanno carattere commerciale sensibile”.

Art. 25. Appalti aggiudicati per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia.

“1. Il presente Codice non si applica:

a) agli appalti per l'acquisto di acqua, se aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori che esercitano le attività di cui all'articolo 209, comma 1 (acqua);

b) agli appalti per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia, se aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori che esercitano un'attività di cui ai commi 1 e 3 dell'articolo 208 (gas, energia termica ed elettricità) e all'articolo 212 (prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi)”.

Le norme contenute negli articoli da 22 a 25 del d.lgs. attengono agli appalti collegati ai settori speciali.

L'ambito di esclusione del Codice è strettamente collegato all'evoluzione della disciplina comunitaria dei settori speciali.

Resta ferma la specialità della disciplina già oggetto della direttiva 93/38/CE e del d.lgs. n. 158/95, e dunque degli appalti di lavori, servizi e forniture di competenza degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, a condizione che non siano assegnati per scopi diversi dall'esercizio delle proprie attività istituzionali.

Ai settori speciali è dedicata l'intera parte III del Codice, che detta una disciplina organica della materia e costituisce specifico recepimento ed adattamento della direttiva 2004/17

Con le direttive 2004/17 e 2004/18 si è attenuato il regime speciale degli *ex* “settori esclusi”, essendo venuti meno in alcuni casi i vincoli alla concorrenza, derivanti dalle situazioni di monopolio e di esclusiva, caratterizzanti il settore, con conseguente situazione di privilegio degli operatori, che imponeva obblighi in materia di pubblicità e di procedure per l'aggiudicazione degli appalti.

Quanto ai singoli settori, il 21° considerando della direttiva 2004/18, sui settori “ordinari”, prende atto della situazione di concorrenza effettiva degli appalti nel settore delle telecomunicazioni, in seguito all'attuazione della normativa comunitaria volta a liberalizzare tale settore, ed esclude le predette attività dal proprio campo di applicazione, a condizione che gli appalti siano aggiudicati allo scopo principale di permettere alle amministrazioni aggiudicatrici di esercitare talune attività nel settore delle telecomunicazioni.

I considerando della direttiva 2004/17, parimenti confermano l'apertura del settore delle telecomunicazioni ad una concorrenza effettiva, di fatto e di diritto (le direttive di liberalizzazione concernenti il settore sono: la direttiva 90/388/CEE della Commissione, del 28 giugno 1990, relativa alla concorrenza negli appalti di servizi di telecomunicazioni; la direttiva 94/46/CE della Commissione, del 13 ottobre 1994, che modifica la direttiva 88/301/CE della Commissione e la direttiva 90/388/CEE, in

particolare in relazione alle comunicazioni via satellite; la direttiva 95/51/CE della Commissione del 18 ottobre 1995, che modifica la direttiva 90/388/CEE, in relazione all'eliminazione delle restrizioni riguardanti l'uso di reti televisive via cavo per la fornitura di servizi di comunicazione già liberalizzati; la direttiva 96/2/CE della Commissione, del 16 gennaio 1996, che modifica la direttiva 90/388/CEE, in relazione all'eliminazione delle restrizioni riguardanti le comunicazioni mobili e personali; la direttiva 96/19/CE della Commissione, del 13 marzo 1996, che modifica la direttiva 90/388/CEE, al fine della completa apertura alla concorrenza degli appalti delle telecomunicazioni), alla quale consegue il venir meno della necessità di regolare gli acquisti degli enti che operano in questo settore.

Questo implica che gli appalti stipulati da soggetti aggiudicatori che costituiscono autorità pubbliche od organismi ad esse assimilabili, rientrano nel campo di applicazione della direttiva 2004/18.

Tuttavia, per evitare che le amministrazioni, che sino ad oggi hanno operato nell'ambito del regime meno rigoroso della direttiva 93/38, in assenza di una concorrenza effettiva nel settore delle comunicazioni, vengano assoggettate per tutte le attività alla più rigida disciplina della direttiva 2004/18, viene disposta l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova direttiva di alcune attività già previste dall'art. 2 della direttiva 93/38.

L'art. 13 della direttiva 2004/18 annovera, pertanto, tra le esclusioni, gli appalti pubblici principalmente finalizzati a permettere alle amministrazioni aggiudicatrici la messa a disposizione o la gestione di reti pubbliche di telecomunicazioni o la prestazione al pubblico di uno o più servizi di telecomunicazioni.

L'esonero si applica alla selezione del contraente per lo svolgimento di un servizio di telecomunicazione, non all'ipotesi in cui l'impresa pubblica - che svolga quale attività unica o prevalente il servizio di telecomunicazione - intenda concludere un contratto per selezionare il contraente che svolga un servizio diverso (*cf.* in tal senso: Cons. Stato, VI, 18 aprile 2005, n. 1770).

Il precedente art. 12 costituisce, invece, la norma di coordinamento generale tra le due direttive, prevedendo, al comma 1, l'inapplicabilità della direttiva 2004/18 agli appalti pubblici di cui alla direttiva 2004/17/CE, aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che esercitano una o più delle attività di cui agli artt. da 3 a 7 della medesima direttiva.

La seconda parte della stessa disposizione, pur richiamando norme della stessa direttiva 2004/17, sancisce un ulteriore regime di esclusioni, che riguardano entrambe le direttive, in quanto rinvia agli artt. 5, par 2, sulle esclusioni in tema di servizi autotrasporto mediante autobus (salva l'ipotesi in cui uno Stato membro si avvalga della facoltà di cui al combinato disposto degli artt. 30 e 68, secondo comma, della direttiva 2004/17 per differirne l'applicazione, 19, sugli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi, 26 sugli

appalti aggiudicati da taluni enti aggiudicatori per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia, e 30 che concerne il richiamato regime procedurale di progressiva liberalizzazione.

Le predette norme della direttiva 2004/17, richiamate dall'art. 12 della direttiva 2004/18, sono recepite dal Codice agli artt. 23 (art. 5, par 2, sulle esclusioni in tema di servizi di autotrasporto mediante autobus), 24 (art. 19 sugli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi) e 25 (art. 26 sugli appalti aggiudicati da taluni enti aggiudicatori per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia).

L'art. 22 del Codice costituisce, invece, puntuale recepimento della specifica norma di cui all'art. 13 della direttiva 2004/18, che è l'unica norma autonoma di esclusione, relativamente allo specifico settore delle telecomunicazioni.

L'art. 23 del Codice si limita a riprodurre sostanzialmente l'art. 5, par. 2, della direttiva 2004/17, prevedendo l'esclusione dal proprio campo di applicazione degli appalti delle stazioni appaltanti, relativi alla prestazione di un servizio al pubblico di autotrasporto mediante autobus, già esclusi dal campo di applicazione della direttiva 93/38/CEE, in virtù dell'art. 2, paragrafo 4, della stessa.

L'art. 24 recepisce integralmente l'art. 19 della direttiva 2004/17, riproducendo il regime di esclusioni già previsto dall'art. 8, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 158/95, richiamato dall'art. 4, lett. b) del d.lgs. n. 358/92 e dall'art. 8, comma 1, lett. b).

Deve, quindi, trattarsi di appalti il cui oggetto è destinato ad essere rivenduto o locato a terzi, quando il soggetto aggiudicatore non sia titolare di alcun diritto speciale o esclusivo per la vendita o la locazione dell'oggetto di tali appalti e quando altri soggetti possono liberamente venderlo o darlo in locazione alle stesse condizioni.

Sotto il profilo dell'inquadramento della fattispecie, si tratta di appalti che in assenza della deroga, sarebbero destinati ad essere soggetti al regime dei settori speciali. La deroga trova la sua giustificazione nella circostanza che, non esistendo diritti speciali o esclusivi, che costituiscono uno dei presupposti per l'applicazione della normativa comunitaria, di cui alla direttiva 2004/17, cade la presunzione che induce a ritenere un'influenza dominante sui comportamenti del soggetto aggiudicatore, da parte dell'autorità pubblica che ha attribuito i predetti diritti speciali o esclusivi, restando salvaguardata la concorrenza senza necessità di interventi del Legislatore comunitario.

L'art. 25 del Codice, recependo senza sostanziali modifiche l'art. 26 della direttiva 2004/18 e riproducendo l'esclusione disposta dall'art. 8, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 158/95, prevede al comma 1, lett. a), l'esclusione della disciplina del Codice agli appalti per l'acquisto di acqua, se aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori che esercitano le attività di cui all'art. 209, comma 1.

Tale ultima disposizione - che recepisce l'art. 4, direttiva 2004/17 - collocata nella parte III del Codice, concerne gli appalti aggiudicati dagli enti che svolgono l'attività di messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile.

La ragione dell'esclusione è individuata dal ventiseiesimo considerando della -direttiva 2004/17, nell'inadeguatezza delle regole sugli appalti di forniture agli acquisti d'acqua, per il legame territoriale della prestazione, derivante dalla necessità di approvvigionarsi presso fonti vicine al luogo di utilizzazione.

L'altra esclusione prevista dall'art. 25, alla lettera b), riguarda gli appalti per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia, se aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori che esercitano un'attività di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 208 (gas, energia termica ed elettricità) e all'art. 212 (prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi).

Il XVII considerando della direttiva 93/38 - nella prospettiva dell'imminente eliminazione degli ostacoli agli scambi transfrontalieri di elettricità - dava atto, sul presupposto che l'acquisto di energia e di combustibili nel settore dell'energia costituiscono la principale voce di costo degli enti operanti nel settore, che appariva inappropriata l'applicazione delle procedure di appalto del tipo di quelle previste per gli appalti di forniture.

Pertanto, le ragioni dell'esclusione delineate nella previgente direttiva, in quanto fondate su aspetti strettamente legati alla politica energetica comunitaria, risultano tuttora valide per l'esclusione dal regime delle forniture previsto dalla direttiva 2004/17 e dalla norma del Codice di recepimento.

Art. 26. Contratti di sponsorizzazione

“1. Ai contratti di sponsorizzazione e ai contratti a questi assimilabili, di cui siano parte un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore e uno sponsor che non sia un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore, aventi ad oggetto i lavori di cui all'allegato I, nonché gli interventi di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici sottoposti a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ovvero i servizi di cui all'allegato II, ovvero le forniture disciplinate dal presente Codice, quando i lavori, i servizi, le forniture sono acquisiti o realizzati a cura e a spese dello sponsor, si applicano i principi del Trattato per la scelta dello sponsor nonché le disposizioni in materia di requisiti di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto.

(comma così modificato dall'articolo 3 del d.lgs. n. 6 del 2007)

2. L'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore beneficiario delle opere, dei lavori, dei servizi, delle forniture,

impartisce le prescrizioni opportune in ordine alla progettazione, nonché alla direzione ed esecuzione del contratto”.

La sponsorizzazione viene definita quella attività attraverso la quale due soggetti distinti, la pubblica amministrazione e un privato, o altra pubblica amministrazione, realizzano una attività e/o un progetto al fine di veicolare l'immagine dell'uno e gli interessi dell'altra.

Sotto il profilo dogmatico, si tratta di contratto atipico, consensuale, a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive, a mezzo del quale un soggetto, detto “sponsor”, offre le proprie prestazioni ad altro soggetto, detto “sponsee”, il quale si obbliga verso il primo a veicolare il suo logo/marchio durante lo svolgimento di determinate attività.

Si tratta di definizione formatasi in dottrina e in giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, VI, 4 dicembre 2001, n. 6073), in quanto nell'attività della pubblica amministrazione è stata prevista dall'art. 43 della legge 27 dicembre 1997 n. 449, che recita quanto segue: *“al fine di favorire l'innovazione dell'organizzazione amministrativa e di realizzare maggiori economie, nonché una migliore qualità dei servizi prestati, le pubbliche amministrazioni possono stipulare contratti di sponsorizzazione e accordi di collaborazione con soggetti privati e associazioni, senza fini di lucro, costituite con atto notarile”.*

L'art. 28, comma 2-bis, legge 23 dicembre 1998, n. 448 (finanziaria per il 1999) aveva previsto, tra le specifiche misure da adottare da parte delle autonomie locali, in relazione al c.d. “patto di stabilità interno”, la possibilità di *“sviluppare le iniziative per la stipula di contratti di sponsorizzazione, accordi e convenzioni previsti dall'articolo 43 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, allo scopo di realizzare maggiori economie nella gestione”.*

Le sponsorizzazioni a favore degli enti locali sono specificamente disciplinate dall'art. 119 del t.u.e.l. n. 267/00, che richiama sostanzialmente la disciplina espressa dall'art. 43 della legge n. 449, subordinando il ricorso alla sponsorizzazione al conseguimento di *“risparmi di spesa rispetto agli stanziamenti disposti”* ed all'assenza di conflitti tra interessi pubblici e privati.

In tema di rapporti tra lavori pubblici e sponsorizzazione, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, nella determinazione n. 24 del 5 dicembre 2001, nel ricostruire la struttura e la natura della figura, aderisce alla configurazione generale dell'istituto come contratto a prestazioni corrispettive, secondo lo schema delineato, rilevando che, potendo il corrispettivo identificarsi anche in un contributo di beni o servizi o altre utilità, *“si tratta di un contratto complesso atipico che è assoggettato alla disciplina più idonea sulla base della prevalenza delle prestazioni che lo sponsor si impegna ad eseguire”.*

Da tale configurazione l'Autorità trae la conseguenza che il contratto di sponsorizzazione resta fuori dall'ambito della disciplina comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici *“in quanto non è catalogabile come un contratto passivo, bensì comporta un vantaggio economico e patrimoniale direttamente quantificabile per la pubblica amministrazione mediante un risparmio di spesa”.*

L'interesse patrimoniale, anche mediato, che caratterizza l'istituto è, secondo la ricostruzione dell'Autorità, il cd. "ritorno pubblicitario", che *"se non può costituire di certo una controprestazione, tanto da qualificare il contratto come oneroso, ne esclude però il carattere liberale. Da ciò deriva che, trattandosi di negozio gratuito, esso prescinde dall'applicazione della normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici, che presuppone invece l'onerosità dell'accordo negoziale"*.

Il ricorso alla sponsorizzazione nel settore dei lavori pubblici è tuttavia sottoposto a due condizioni:

- l'obbligo delle amministrazioni pubbliche alla sorveglianza e vigilanza sugli interventi la cui esecuzione viene affidata ai soggetti sponsor;
- la qualificazione degli esecutori, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 109/94 e del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34.

Il primo limite è connesso alla specifica responsabilità dell'amministrazione in relazione a qualsiasi intervento che si esegua su beni pubblici; il secondo trova fondamento nella necessità, espressa dalla normativa sulla qualificazione, di garantire la qualità delle lavorazioni effettuate su beni pubblici, a prescindere dal titolo sulla base del quale dette lavorazioni vengano eseguite.

Con specifico riguardo al settore dei lavori pubblici, l'orientamento espresso dall'Autorità di Vigilanza, con la determinazione n. 24 del 2001, appariva in contrasto con il principio di tassatività dei sistemi di realizzazione dei lavori pubblici espresso dagli artt. 1 e 19 della legge n. 109/94, in virtù del quale, non è consentito realizzare lavori se non riconducendo il modulo negoziale ai due paradigmi tipici dell'appalto o della concessione.

In dottrina, in senso critico rispetto all'orientamento dell'Autorità, è stata sottolineata la necessità del ricorso a procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente, sia pure semplificando, per quanto possibile, anche in ossequio al dettato normativo, *ex lege* n. 241/90 e s.m.i. la relativa procedura.

In tema di lavori pubblici, la legge n. 166/2002 ha inteso recepire le indicazioni, di cui alla richiamata determinazione n. 24/2001 dell'Autorità, ed ha modificato l'art. 2 della legge n. 109/1994, disponendo espressamente (comma 6) l'inapplicabilità delle disposizioni della legge stessa, ad esclusione dell'art. 8,, ai contratti di sponsorizzazione di cui all'art. 119 del t.u. n. 267/00, ed all'art. 43 della legge n. 449/97.

L'art. 26 del Codice rappresenta un correttivo a tale generica esclusione, ma soprattutto codifica i principi ricavabili dalle osservazioni dell'Autorità, in funzione dell'adeguamento ai principi del Trattato CE.

Il comma 1, riproducendo sostanzialmente il disposto dell'art. 2, comma 6, della legge n. 109/1994, esclude dall'ambito di applicazione del Codice i contratti di sponsorizzazione ed i contratti a questi assimilabili, di cui siano parte un'amministrazione aggiudicatrice o

altro ente aggiudicatore e uno sponsor che non sia un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore, aventi ad oggetto i lavori di cui all'allegato I, nonché gli interventi di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, sottoposti a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ovvero i servizi di cui all'allegato II, ovvero le forniture disciplinate dal d.lgs. 163/06.

L'esclusione sembra limitata alla c.d. "sponsorizzazione interna", in cui il soggetto finanzia per intero l'intervento, in quanto riferita all'ipotesi in cui i lavori, i servizi, le forniture sono acquisiti o realizzati a cura e a spese dello sponsor. Tuttavia, non sembra che il Legislatore del Codice abbia inteso prendere posizione sulla configurazione negoziale dell'istituto, in termini di contratto a titolo gratuito o a titolo oneroso, ma piuttosto ancorare l'esclusione alla sola ipotesi in cui la sponsorizzazione costituisca l'oggetto principale del contratto.

La soluzione è coerente con il precedente art. 14 e con la stessa opinione dell'Autorità che, in considerazione della natura atipica del contratto, individua la disciplina applicabile sulla base della prevalenza delle prestazioni che lo sponsor si impegna ad eseguire.

La sponsorizzazione, anche in seguito a pronunce giurisprudenziali sul tema (*cf.* Cons. Stato, Ad. Plen. 18 giugno 2002, n. 6), è spesso un contratto accessivo al contratto di tesoreria. In questo caso, l'unico effetto della sponsorizzazione è quello, previa espressa previsione nel bando, di riservare alla relativa voce una quota del punteggio da attribuire agli istituti di credito concorrenti (*cf.* Cons. Stato, Sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6521). Restano però applicabili, in conseguenza del carattere accessorio della prestazione, le procedure di selezione previste dal Codice per gli appalti di servizi.

Pertanto, solo nei casi in cui la sponsorizzazione si configuri come oggetto principale del contratto si applicano, anziché le procedure di evidenza pubblica, i principi del Trattato per la scelta dello sponsor.

L'ultima parte del comma 1, che impone l'applicazione delle disposizioni in materia di requisiti soggettivi dei progettisti e degli esecutori del contratto, estende correttamente all'esecuzione delle prestazioni progettuali, la garanzia della qualità degli esecutori. Pertanto, i progettisti dovranno essere in possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale, ai sensi dell'art. 42 del Codice e 66 del d.P.R. n. 554/99 e gli esecutori in possesso, ai sensi dell'art. 40 del Codice, di attestazione SOA per categorie e classifiche adeguate alle caratteristiche ed all'importo dei lavori da eseguire in base al d.P.R. n. 34/00 cit.

Il comma 2 prevede che l'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore beneficiario delle opere, dei lavori, dei servizi, delle forniture, impartisce le prescrizioni opportune in ordine alla progettazione, nonché alla direzione ed esecuzione del contratto.

Anche tale disposizione codifica il principio, sancito dall'autorità di Vigilanza nella richiamata determinazione n. 24/2001, dell'obbligo di

controllo delle amministrazioni sulle modalità esecutive degli interventi realizzati dagli sponsor, conseguente alla specifica ed ineliminabile responsabilità su tutti gli interventi relativi a beni pubblici.

8. Il responsabile unico del procedimento.

L'introduzione della figura del responsabile del procedimento nel settore degli appalti pubblici risponde all'esigenza di individuare, in tale ambito, un referente unico in grado di garantire la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa.

In particolare, attraverso la disciplina contenuta nell'art. 7 della cessata legge 11 febbraio 1994 n. 109, Legge quadro sui lavori pubblici, per la prima volta, nel settore degli appalti d'opera, viene previsto un unico centro di riferimento, cui imputare le fasi in cui si articola l'attività della pubblica amministrazione finalizzata alla realizzazione di opere pubbliche: programmazione, affidamento, esecuzione dei lavori e risoluzione delle controversie sorte tra stazione appaltante e appaltatore.

La possibilità di nominare un responsabile per ogni singola fase del procedimento viene prevista, infatti, quale eccezione al principio di unicità di tale figura, solo nel caso in cui l'ente appaltante sia il Ministero della Difesa, in considerazione della difficile applicazione del modello organizzativo in esame ad un apparato strutturato gerarchicamente.

Successivamente, innovando rispetto alla 109/94, con la legge n. 216/95 (c.d. "*Merloni bis*"), è stato introdotto, affianco alla figura del RUP, il coordinatore unico, quale organo con funzioni di supervisione di carattere generale.

La figura del coordinatore unico, infatti, veniva ad affiancare il responsabile del procedimento per garantire il coordinamento dell'attività dei responsabili dei singoli interventi ai fini della formazione del programma triennale, dell'elaborazione dei progetti preliminari e della fase istruttoria.

Con la *Merloni bis*, dunque, al responsabile unico del procedimento venivano attribuite competenze operative inerenti al singolo intervento, di cui il RUP doveva seguire il procedimento di attuazione nelle diverse fasi.

L'introduzione di un coordinatore, con funzioni analoghe a quelle originariamente assegnate al RUP aveva determinato, in concreto, una sovrapposizione dei due ruoli, con conseguente sdoppiamento delle medesime attribuzioni, ponendo notevoli difficoltà sul piano pratico e operativo.

Tale frammentazione delle funzioni, ben lontana dalla *ratio* sottesa alla legge generale sul procedimento amministrativo, è venuta meno con la legge n. 415/1998, c.d. "*Merloni ter*", che, attraverso l'abolizione della figura del coordinatore unico, ha recuperato il ruolo di coordinamento istruttorio attribuito *ab origine* al responsabile unico

L'introduzione della figura del RUP

del procedimento, al fine di soddisfare le esigenze di unitarietà del procedimento che avevano caratterizzato la disciplina prevista dall'art. 7 della legge n. 109/94¹.

Infatti, già con l'art. 7 della legge quadro venivano individuati molteplici compiti in capo al responsabile del procedimento.

Rivestendo un ruolo cardine nell'ambito dell'intera procedura di affidamento, il responsabile del procedimento assumeva funzioni propositive con riferimento allo schema triennale dei lavori; funzioni istruttorie nelle tre fasi della progettazione, affidamento ed esecuzione dell'intervento; funzioni di controllo sulle singole fasi della procedura; funzioni inerenti alle relazioni interne ed esterne, rispettivamente con il vertice dirigenziale e con l'impresa e/o con altre amministrazioni, ed, infine, funzioni propulsive con riguardo all'indizione della conferenza dei servizi.

L'attuale disciplina di tale figura si rinviene, in via generale, negli artt. 10 e 119 del c.d. Codice De Lise, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

L'attuale disciplina

In particolare, l'art. 10, d.lgs. 163/06 dispone che, per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi della legge n. 241/90, devono nominare un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione.

Con riguardo alle funzioni del RUP, l'art. 10, comma 3 individua le funzioni principali attribuite a tale organo, rimandando la determinazione di ulteriori compiti inerenti alle singole fasi delle procedure ad evidenza pubblica, alle specifiche disposizioni contenute nel medesimo Codice dei contratti pubblici e nel relativo regolamento di attuazione, da emanarsi ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 163/2006.

In particolare, l'art. 10, al comma 6, rinvia al regolamento la determinazione dei requisiti di professionalità che il responsabile del procedimento deve possedere nonché delle ipotesi di coincidenza tra il RUP ed il direttore dell'esecuzione del contratto².

Come sarà opportunamente approfondito in appresso, il regolamento, a tutt'oggi, vigente, promulgato, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 109/1994, con d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, contiene già una disciplina dettagliata in merito alle attribuzioni del responsabile del procedimento e stabilisce le tipologie e gli importi massimi per i quali tale figura può coincidere con quella del direttore dei lavori.

¹Oggi, come noto, abrogata dall'art. 256, d.lgs. n. 163/2006.

²Al riguardo, l'art. 119 del d.lgs. n. 163/2006 stabilisce che "1. la esecuzione dei contratti aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, è diretta dal responsabile del procedimento o da altro soggetto, nei casi e con le modalità stabilite dal regolamento. 2. Per i lavori, detto regolamento stabilisce le tipologie e gli importi massimi per i quali il responsabile del procedimento può coincidere con il direttore dei lavori. 3. Per i servizi e le forniture, il regolamento citato individua quelli di particolare importanza, per qualità e importo delle prestazioni, per i quali il direttore dell'esecuzione del contratto deve essere un soggetto diverso dal responsabile del procedimento".

L'art. 10, comma 1, d.lgs. n. 163/06 e s.m.i., recante il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, individua i soggetti tenuti alla nomina del RUP.

I soggetti tenuti alla nomina del RUP

In particolare, ripercorrendo la disposizione già contenuta nella legge quadro sui lavori pubblici, nonché nell'art. 7, comma 1, d.P.R. n. 554/99, l'art. 10 cit. stabilisce che, per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici devono nominare, ai sensi della legge n. 241/90, un responsabile unico per le fasi di progettazione, di affidamento ed esecuzione.

Dal tenore della norma e dalla definizione di amministrazioni aggiudicatrici contenuta nell'art. 3, comma 25, del Codice dei contratti pubblici, si evince che i soggetti tenuti alla nomina del responsabile unico del procedimento sono le amministrazioni in senso stretto ovvero le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico nonché le associazioni, unioni e consorzi dagli stessi costituiti.

Il Legislatore, quindi, nell'ambito dei contratti pubblici, ha scelto di assoggettare all'obbligo di nomina del responsabile unico del procedimento solo alcune tipologie di soggetti committenti, e cioè i soggetti strutturalmente legati a schemi organizzativi propri della pubblica amministrazione.

Diversamente, il comma 9 dell'art. 10 cit. prevede espressamente che le stazioni appaltanti, diverse dalle pubbliche amministrazioni o dagli enti pubblici, individuano secondo i propri ordinamenti, uno o più soggetti cui affidare i compiti del responsabile del procedimento in conformità ai principi sanciti dalla legge n. 241/90.

Tale previsione si fonda sulla circostanza che, laddove i soggetti committenti abbiano natura privatistica (si pensi alle Società per Azioni miste o ai soggetti privati che ricevono finanziamenti pubblici) e, conseguentemente, una struttura a carattere imprenditoriale, sarebbe privo di logica imporre agli stessi la nomina di un soggetto che, per compiti e ruolo, risponde sostanzialmente all'organizzazione tipica della pubblica amministrazione.

Trattasi, in particolare, degli enti che operano nei c.d. "settori speciali" (acqua, gas, energia etc...), i quali sono tenuti ad individuare nel proprio organico i soggetti in grado di svolgere le funzioni indicate nel citato art. 10 e negli artt. 7 e 8, d.P.R. 554/99 e s.m.i., norme queste che ancora vigenti nelle more dell'emanazione del regolamento di attuazione al Codice, di cui all'art. 5, d.lgs. n. 163/06.

La figura del RUP nei settori speciali

Nella individuazione del soggetto cui affidare l'incarico di responsabile unico del procedimento, i soggetti diversi dalle pubbliche amministrazioni e dagli enti pubblici devono, comunque, soddisfare i principi di efficienza e trasparenza dell'azione amministrativa previsti dalla legge n. 241/90.

Tale previsione, contenuta nel comma 9 dell'art 10 cit., sembra aver recepito le indicazioni fornite dall'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici con determinazione n. 10 del 23 febbraio 2001.

Con tale provvedimento, infatti, l'Organo di Vigilanza ha rilevato che i soggetti privati qualificabili come amministrazioni aggiudicatrici ai sensi del Codice dei contratti pubblici, sebbene non siano tenuti a procedere alla nomina del RUP, devono, in ogni caso, ottemperare a quanto previsto dall'art. 7, comma 6, d.P.R. n. 554/99, ovvero devono garantire lo svolgimento dei compiti attribuiti al responsabile del procedimento dalle norme alla cui osservanza sono tenuti.

Il Legislatore, quindi, ha previsto che anche gli organismi caratterizzati da una struttura organizzativa di natura privatistica provvedano, secondo i propri ordinamenti interni, a nominare un unico soggetto che svolga le suddette funzioni.

Relativamente, invece, alle modalità di nomina di tali soggetti – comunque inseriti nelle unità organizzative proprie della stazione appaltante - le stesse sono rimesse alla discrezionalità propria del soggetto appaltante, nel rispetto di eventuali statuizioni sul punto, contenute nell'ordinamento interno dell'ente.

In linea con i principi posti a fondamento della legge sul procedimento amministrativo, il provvedimento di nomina del RUP rientra nella competenza del dirigente dell'unità organizzativa responsabile della procedura; in mancanza di siffatto provvedimento, tale ruolo viene assunto dal dirigente stesso, in base alle disposizioni interne delle singole amministrazioni che definiscono l'ambito di competenza dei singoli organi.

In base al combinato disposto del secondo e quarto comma dell'art. 7 del d.P.R. 554/99, le amministrazioni aggiudicatrici devono nominare, per ciascun intervento previsto nel programma triennale, un responsabile unico del procedimento; devono, cioè, provvedere alla designazione di un soggetto, che deve essere un tecnico, cui affidare la responsabilità della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione dei lavori.

Con riguardo alle concrete modalità di nomina del RUP, ovvero alla necessità di un provvedimento espresso per l'affidamento dell'incarico, l'Autorità di Vigilanza, con determinazione n. 10 del 23 febbraio del 2001, ha chiarito che l'atto di nomina deve costituire un provvedimento *ad hoc*, avente data certa, di competenza dell'organo amministrativo (dirigente del settore lavori pubblici, direttore generale, segretario generale, etc...) individuato in base al regolamento interno dell'Ente medesimo³.

Si tratta, dunque, di un atto formale di nomina individuale, con cui viene conferito l'incarico di RUP nel momento in cui l'amministrazione sia giunta alla determinazione circa l'esigenza di stipulare il contratto.

Modalità di nomina ed effetti della mancata comunicazione

³Con determinazione n. 10 del 23 febbraio 2001, l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha chiarito che la mancata adozione, da parte dell'Ente, del regolamento interno sulle modalità di ripartizione del fondo per gli incentivi alla progettazione non può considerarsi ragione ostativa alla nomina del RUP e che tale provvedimento deve obbligatoriamente essere emanato prima della fase di predisposizione del progetto preliminare.

In particolare, per determinare il momento in cui l'amministrazione deve individuare il soggetto preposto all'incarico, risulta opportuno fare riferimento al primo comma dell'art. 7 del d.P.R. n. 554/99, in base al quale *“Le fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione di ogni singolo intervento sono eseguite sotto la diretta responsabilità e vigilanza di un responsabile del procedimento, nominato dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del proprio organico, prima della fase di predisposizione del progetto preliminare da inserire nell'elenco annuale di cui all'articolo 14, comma 1, della Legge”*. Il terzo comma della disposizione richiamata, inoltre, dispone che *“Nello svolgimento delle attività di propria competenza, il responsabile del procedimento formula proposte al dirigente cui è affidato il programma triennale e fornisce allo stesso dati e informazioni”*.

Dalle riportate disposizioni, dunque, risulta che il RUP deve essere individuato nella fase di preparazione del programma triennale, così da poter curare la redazione del documento preliminare all'avvio della progettazione, di cui al quarto comma del successivo art. 15 del d.P.R. 554/99.

Secondo un recente orientamento giurisprudenziale⁴, inoltre, il conferimento della qualifica di tale incarico potrebbe essere effettuato anche in via generale, con riguardo a tutti i procedimenti inerenti le materie rientranti nella competenza dell'ufficio stesso.

Le amministrazioni aggiudicatrici, per giungere all'individuazione del soggetto cui affidare l'incarico, devono tener conto della qualificazione tecnica e della professionalità del soggetto prescelto - che dovrà essere adeguata alla natura e alla complessità dell'opera da realizzare - nonché del principio di non delegabilità all'esterno delle funzioni del responsabile del procedimento, ad eccezione delle attività di supporto tecnico conoscitivo.

In particolare, può accadere che l'amministrazione non abbia all'interno del proprio organico, un soggetto in possesso di capacità e di competenze, oltre che di serietà nell'esercizio delle funzioni lavorative, tali da garantire un adeguato svolgimento dei compiti ad esso assegnati; capacità professionale che, di norma, dovrebbe essere accompagnata dall'anzianità di servizio in ruolo non inferiore a cinque anni.

⁴Cfr. TAR Liguria, Sez. II, 1 settembre 2006, n. 979, secondo cui *“La ratio sottesa all'individuazione del responsabile del procedimento non è in alcun modo compromessa ove la designazione effettuata dal dirigente dell'unità organizzativa riguardi non un determinato procedimento, ma tutti i procedimenti relativi ad una delle materie rientranti nella competenza dell'ufficio; deve anzi aggiungersi che una siffatta designazione generale — essendo ancorata al criterio obiettivo della materia — garantisce il rispetto del principio di imparzialità più e meglio delle designazioni effettuate caso per caso”*.

Qualora venga riscontrata tale carenza, si è sviluppato nella prassi il ricorso alla struttura del supporto esterno, in grado di fornire le professionalità complementari necessarie.

Come sarà chiarito nel prosieguo, infatti, i compiti di supporto all'attività del RUP possono essere affidati sia a singoli professionisti, sia a professionisti associati, sia a società di professionisti, sia, infine, a società di ingegneria. Tale affidamento avverrà, necessariamente, secondo le procedure e le modalità previste dalla normativa vigente.

Un tema di non scarsa rilevanza sul piano amministrativo riguarda gli effetti della eventuale mancata comunicazione del nominativo del RUP. Difatti, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 241/90, l'amministrazione, nel medesimo provvedimento con cui dà notizia dell'avvio del procedimento, deve indicare anche l'ufficio e la persona responsabile del procedimento. Diversamente, anche il provvedimento finale potrebbe ritenersi viziato proprio per violazione della disposizione in commento.

Al riguardo, tuttavia, la giurisprudenza prevalente ha ritenuto che l'omessa indicazione del nominativo del RUP non comporta l'illegittimità del provvedimento conclusivo della procedura, atteso che tale carenza non impedisce, comunque, all'interessato di individuare con modalità diverse il soggetto preposto all'incarico, considerando responsabile il funzionario preposto alla competente unità organizzativa⁵. In tale circostanza, dunque, si verrebbe a determinare una mera irregolarità insuscettibile di determinare l'illegittimità dell'atto, che potrebbe assumere rilievo solo con riguardo alla responsabilità disciplinare del funzionario agente che ha ommesso di comunicare il nominativo⁶.

La soluzione formulata dalla giurisprudenza appare condivisibile atteso che, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 241/90, fino a quando il dirigente di ciascuna unità organizzativa non abbia provveduto ad assegnare ad altro soggetto la responsabilità dell'iter amministrativo che conduce all'adozione di un provvedimento finale, si deve considerare *“responsabile del singolo procedimento il funzionario*

⁵Cfr. TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 30 novembre 1996, n. 1730; secondo i giudici siciliani, infatti, *“La mancata comunicazione al destinatario del provvedimento finale del nominativo del responsabile del procedimento e dell'ufficio in cui prendere visione degli atti, non incide sulla legittimità del provvedimento finale, risolvendosi in una mera irregolarità. In tal caso si considera responsabile del procedimento il funzionario preposto alla competente unità organizzativa”*.

⁶Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 26 luglio 2007, n. 6998; Sez. I, 30 agosto 2005, n. 6359; secondo i giudici capitolini *“L'omessa indicazione del responsabile del procedimento non può mai assumere ex se valenza di vizio procedimentale tale da portare all'illegittimità dell'atto. Tanto in ragione del fatto che la mancata comunicazione del nominativo del responsabile del procedimento al soggetto interessato rappresenta una mera irregolarità, insuscettibile di determinare l'illegittimità dell'atto, alla quale è peraltro possibile supplire considerando responsabile il funzionario preposto alla competente unità organizzativa”*.

**Requisiti tecnici,
caratteristiche professionali e
non delegabilità delle
competenze.**

preposto alla unità organizzativa determinata a norma del comma 1 dell'articolo 4".

L'art. 10, commi 5, 6 e 7, 1 d.lgs. 163/06 e s.m.i., prescrive gli specifici requisiti di professionalità che il RUP deve possedere.

In particolare, il comma 5 del citato articolo prevede che tutte le stazioni appaltanti devono nominare un RUP che possieda *"titoli di studio e competenza adeguati in relazione ai compiti per cui è nominato"* e che, in ipotesi di appalti aventi ad oggetto lavori e servizi attinenti l'ingegneria e l'architettura, debba essere un tecnico.

Pertanto, il profilo professionale del RUP è necessariamente un profilo tecnico, adeguato alla natura dell'intervento da realizzare.

La locuzione *"deve essere un tecnico"*, introdotta dalla *"Merloni ter"* (legge n. 415/1998), risolve i dubbi che erano sorti circa l'esatta qualificazione della figura del RUP, ed in particolare, se l'incarico dovesse essere assunto da un tecnico o da un amministrativo, ovvero da un tecnico nelle fasi della progettazione ed esecuzione, e da un amministrativo nella fase dell'affidamento.

Il Legislatore, dunque, sembra aver aderito ad una concezione funzionale dell'attività amministrativa, salvaguardando l'unità della figura del RUP e attribuendo maggiore risalto alle caratteristiche tecniche rispetto all'aspetto amministrativo.

Per completezza di indagine, si rileva che l'originaria versione del comma 5 dell'art. 10, si limitava a prevedere che, per le amministrazioni aggiudicatrici, il RUP dovesse essere un dipendente di ruolo.

Nella vigenza di tale norma, in risposta ad un'interrogazione scritta del 2006, il Ministro delle Infrastrutture ha chiarito che *"la disposizione citata deve essere collocata nel più ampio contesto della riforma del pubblico impiego, ove viene previsto, sostanzialmente, la possibilità di nomina di un dirigente e/o direttivo e l'incardinamento funzionale dello stesso nell'ente tramite un contratto di diritto privato a tempo determinato. È possibile che alla struttura cui si è preposti ineriscano funzioni di responsabile del procedimento per determinate materie"*⁷.

La norma, quindi, consentiva che un dipendente, anche a tempo determinato, sia pure di livello dirigenziale e/o direttivo, fosse nominato responsabile del procedimento, a condizione ovviamente che l'organico delle amministrazioni aggiudicatrici presentasse carenze accertate.

⁷Cfr. Interrogazione parlamentare al Ministro delle Infrastrutture del 3 ottobre 2006: *"Omissis...Nel merito appare chiaro l'intento del Legislatore di evitare, per quanto possibile, il ricorso a professionalità esterne all'Amministrazione pubblica per l'affidamento di incarichi di responsabile. Le disposizioni in esame debbono essere collocate nel più ampio contesto della riforma del pubblico impiego che ha introdotto la possibilità di attribuire funzioni dirigenziali o di alta professionalità anche ad esterni all'Amministrazione, tramite contratto di lavoro individuale di lavoro di diritto privato, a determinate condizioni quali una elevata qualificazione professionale, posti limitati ad una percentuale dell'organico, etc..omissis..."*.

Successivamente, l'art. 2 del d.lgs. n. 6/2007 (primo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici) ha aggiunto, alla disposizione sopra riportata, la seguente dicitura *“in caso di accertata carenza di dipendenti di ruolo in possesso di professionalità adeguate, le amministrazioni aggiudicatrici nominano il responsabile del procedimento tra i propri dipendenti in servizio”*.

La novità apportata dal primo decreto correttivo

È stata, quindi, espressamente prevista la possibilità di ricorrere ad altri dipendenti in servizio, in caso di accertata carenza di dipendenti di ruolo.

L'art. 10, comma 7, d.lgs. n. 163/2006, prevede, peraltro, la possibilità per il dirigente - o comunque per il funzionario di vertice - nel caso in cui all'interno della stazione appaltante non vi siano adeguate professionalità, di farsi affiancare da un tecnico in possesso delle specifiche competenze, da individuare attraverso le procedure previste dal Codice degli Appalti per l'affidamento degli incarichi di servizi.

Appare chiaro, quindi, anche alla luce dell'art. 91, comma 8, d.lgs. n. 163/2006 - in base al quale è vietato l'affidamento di attività di supporto a mezzo di contratti a tempo determinato od altre procedure diverse da quelle previste dal Codice dei contratti pubblici - l'intento del Legislatore di evitare, per quanto possibile, il ricorso a professionalità esterne alle amministrazioni aggiudicatrici per l'affidamento di incarichi di responsabile del procedimento.

Pertanto, è dato affermare che il principio generale risiede nella non delegabilità all'esterno delle funzioni del RUP, ad eccezione delle attività di supporto tecnico.

Infatti, non tutte le amministrazioni aggiudicatrici hanno, all'interno del proprio organico, *“professionalità”* adeguate alla natura dell'intervento da realizzare, tant'è che, nella prassi, è diventato *“uso comune”* il ricorso alla struttura del supporto esterno, capace di fornire le professionalità complementari.

In tal caso, i *“compiti di supporto”* alle attività del responsabile del procedimento possono essere affidati, come già anticipato, a singoli professionisti, a professionisti associati, a società di professionisti, e, infine, a società di ingegneria.

I compiti di supporto all'attività del RUP

Con specifico riferimento, poi, ai requisiti di professionalità che il RUP deve possedere, il comma 6 del richiamato art. 10 del Codice, affida al regolamento di attuazione l'individuazione di detti requisiti nonché, limitatamente agli appalti aventi ad oggetto lavori, l'importo massimo e la tipologia per i quali la figura del RUP può coincidere con quella del progettista.

Il regolamento disciplina, altresì, le ipotesi di coincidenza tra RUP e direttore dell'esecuzione del contratto in conformità all'art. 119 del d.lgs. 163/06. Tale articolo, infatti, prevede, al secondo comma, che *“per i lavori, detto regolamento stabilisce le tipologie e gli importi massimi per i quali il responsabile del procedimento può coincidere con il direttore dei lavori”*.

Il RUP ed il direttore dell'esecuzione

Orbene, in attesa della pubblicazione e dell'entrata in vigore del regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici, nel settore

dei lavori continuano a trovare applicazione le disposizioni di cui al d.P.R. n. 554/99 e s.m.i..

In particolare, l'art. 7, comma 4, del d.P.R. 554/99, nell'ambito degli appalti di lavori pubblici, stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici devono provvedere alla designazione di un soggetto che sia:

- un tecnico in possesso di titolo di studio adeguato alla natura dell'intervento da realizzare;
- abilitato all'esercizio della professione o, qualora l'abilitazione non sia prevista dalle norme in vigore, un funzionario con idonea professionalità e con anzianità di servizio in ruolo non inferiore a cinque anni.

Pertanto, nel ribadire che il RUP va nominato dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del proprio organico, la norma riafferma l'esigenza che debba trattarsi di un tecnico - sebbene molte delle sue attività presentino natura giuridica e amministrativa - definendone i requisiti di professionalità.

Proprio nei limiti delle competenze professionali del RUP, il medesimo comma 4, del citato art. 7, per soddisfare esigenze di snellezza operativa e di economicità, determina l'importo e la tipologia di lavori per i quali il responsabile può svolgere, per uno o più interventi, anche le funzioni di progettista e di direttore dei lavori.

Detta possibilità è ammessa per tutti gli interventi, ad esclusione di quelli di importo superiore ad Euro 500.000,00, e di quelli definiti di particolare complessità, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. h) e i), del medesimo d.P.R. 554/99, ossia in presenza di opere e impianti di speciale complessità o di particolare rilevanza sotto il profilo tecnologico, nonché di un progetto elaborato in forma completa e dettagliata in tutte le sue parti, architettonica, strutturale e impiantistica.

All'indomani dell'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, si è discusso, poi, in ordine alla vigenza dell'art. 7, comma 4, d.P.R. 554/99.

In realtà, l'art. 256, comma 1, del d.lgs. 163/06, si limita a disporre l'abrogazione espressa ed immediata del solo comma 6 dell'art. 7 cit..

Ci si è chiesti, allora, se la disposizione in esame fosse o meno compatibile con le norme contenute nel Codice, considerato che ai sensi dell'art. 253, comma 3, le disposizioni di cui al d.P.R. 554/99 continuano a trovare applicazione fino all'entrata in vigore del nuovo regolamento attuativo, ma soltanto nei limiti di compatibilità con il Codice.

Ma sull'argomento si tornerà in occasione della trattazione del direttore dei lavori nella fase esecutiva dell'appalto di opere pubbliche.

In talune circostanze può ricoprire il ruolo del responsabile del procedimenti anche un soggetto che non abbia i requisiti di professionalità di cui al commentato comma 4 dell'art. 7 del d.P.R. 554/99.

Infatti, il successivo comma 5 del medesimo art. 7 dispone che, in ipotesi di particolare necessità, nei Comuni con popolazione inferiore a 3.000 abitanti e per gli appalti di importo inferiore a 300.000,00 Euro (diversi da quelli definiti ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. h) del medesimo d.P.R. 554/99), le competenze del RUP possono essere attribuite al responsabile dell'ufficio tecnico o della struttura corrispondente e, nel caso in cui neppure tale figura sia presente, al responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare.

Secondo l'interpretazione fornita dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici con deliberazione n. 273 *bis* del 19 luglio 2001 *“l'articolo 7, comma 5, del D.P.R. 554/99, laddove stabilisce una speciale disciplina in caso di particolare necessità nei comuni con popolazione inferiore a 3.000 abitanti e per appalti di importo inferiore a 300.000 Euro, va inteso nel senso che lo stato di necessità agisce quale presupposto per l'attribuzione delle competenze di responsabile del procedimento al responsabile dell'Ufficio tecnico o della struttura corrispondente, individuando una doppia casistica da non intendersi necessariamente in senso cumulativo”*.

Il d.P.R. 554/99, sembra, dunque, venire incontro alle esigenze dei piccoli Comuni, ove, spesso, non sussiste un organico di personale in possesso dei requisiti richiesti dal Legislatore, e sembra, altresì, consentire agli stessi di evitare di ricorrere a professionisti esterni, con inevitabili aggravii di spesa.

Tuttavia, detta scelta legislativa rappresenta solo una parziale soluzione ai problemi dei Comuni, in quanto non sono pochi quelli che non presentano un organico adeguato a svolgere le funzioni del RUP, sebbene abbiano una popolazione superiore a 3.000 abitanti.

Inoltre, il dettato normativo appare riferirsi espressamente alle Amministrazioni Comunali, non comprendendo altri soggetti pubblici di modeste dimensioni⁸, che, pertanto, non possono beneficiare della deroga di cui al richiamato art. 7, comma 5, d.P.R. n. 554/99

Così operando, la carenza di figure professionali qualificate viene superata, invero con poca fantasia, con quella che è stata definita una *“promozione sul campo”* di figure professionali con minore qualificazione, aderendo ad un sistema che si è molto diffuso negli enti locali e che ha spesso portato ad effetti negativi non trascurabili.

Tuttavia, il fatto che il Legislatore abbia previsto la citata deroga riferendola alla qualificazione del soggetto da nominare, e non all'obbligo di nomina, evidenzia, oltre al permanere di detto obbligo, l'importanza del ruolo assunto dal RUP.

Pertanto, alla luce del delineato *excursus* in ordine ai requisiti tecnici e professionali del RUP previsti dalla vigente normativa, deve mettersi in evidenza che proprio le caratteristiche dell'intervento da realizzare consentono di individuare all'interno della struttura dell'ente appaltante il profilo professionale più adeguato allo svolgimento delle funzioni di RUP.

⁸Quali ad esempio le Comunità montane.

Così, in via del tutto esemplificativa, qualora l'intervento da realizzare richieda l'utilizzo di specifici materiali, ovvero l'applicazione di particolari concetti fisici, lo studio di rilievi geometrici, ovvero operazioni di estimo, il RUP dovrebbe essere individuato, di norma, tra soggetti in possesso di laurea in ingegneria.

Di converso, qualora l'intervento riguardi, ad esempio, opere di edilizia civile con rilevante carattere artistico, storico o archeologico, il RUP dovrebbe essere individuato tra laureati in architettura, in possesso delle qualità professionali più idonee all'intervento stesso.

Si rammenta, comunque, che tali soggetti, per poter ricoprire la carica di RUP, debbono essere abilitati all'esercizio della professione; qualora l'abilitazione non sia prevista dalle norme vigenti, potrà essere nominato un funzionario con idonea professionalità.

E' evidente, quindi, che il concetto di professionalità del RUP va inteso nel senso del possesso di capacità e di competenze, oltre che di serietà e/o rigore nell'esercizio delle funzioni lavorative, che garantiscano lo svolgimento adeguato dei compiti assegnati a tale figura.

Da ultimo, deve evidenziarsi che, come già dianzi accennato, ai sensi dell'art. 10, comma 9, del Codice, l'obbligo della nomina del RUP è limitato ai soli Enti pubblici in senso stretto, mentre per gli altri soggetti ricadenti nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 163/06, si rimanda ai relativi ordinamenti interni, che debbono individuare uno o più soggetti preposti allo svolgimento dei compiti propri del RUP.

Pertanto, si ritiene, che, in tali ipotesi, non sussista l'obbligo di nominare, per lo svolgimento delle più rilevanti funzioni individuate nel menzionato art. 10, un unico RUP, ma solo quello di nominare uno o più soggetti con titoli di studio e/o esperienze tali da garantire un corretto adempimento delle funzioni delegate, anche sotto il profilo della comprovata capacità professionale, in conformità ai principi di cui alla legge n. 241/90 e s.m.i..

Il d.lgs. n. 163/06 e s.m.i., all'art. 10, commi 2, 3 e 4, disciplina i compiti del RUP.

I compiti del RUP

In particolare, il citato comma 2 stabilisce che il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal Codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti.

In particolare, il RUP, oltre ai compiti specificamente previsti da altre disposizioni del Codice, ai sensi del citato art. 10, comma 3:

- a) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture, e della predisposizione dell'avviso di preinformazione;
- b) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi;

- c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure;
- d) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi;
- e) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari;
- f) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza;
- g) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni;
- h) propone l'indizione, o, ove competente, indice la conferenza di servizi, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati.

In ragione dei numerosi compiti e funzioni attribuiti al RUP, esaminati nei precedenti paragrafi, il Legislatore, consapevole della difficoltà di rinvenire in un unico soggetto tutte le competenze previste dalla normativa vigente in materia di responsabile del procedimento, ha previsto, all'art. 10, comma 7, del Codice degli appalti, la facoltà per le pubbliche amministrazioni di affidare a soggetti esterni compiti di supporto all'attività del RUP, nel caso in cui l'organico delle amministrazioni aggiudicatrici presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso delle necessarie professionalità.

L'attività di supporto al responsabile del procedimento deve essere affidata nel rispetto delle procedure previste dallo stesso d.lgs. n. 163/06, con riferimento all'affidamento di incarichi di servizio: gli affidatari devono possedere specifiche competenze di carattere tecnico, economico, finanziario, amministrativo, organizzativo e legale, e devono obbligatoriamente stipulare adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali.

Tale facoltà di affidamento dei compiti di supporto al RUP ad un soggetto esterno era già prevista nella legge quadro sui lavori pubblici (art. 7, comma 5, legge n. 109/94) e continua oggi ad essere disciplinata dal d.P.R. n. 554/99. In particolare, l'art. 8, comma 5, del citato d.P.R., dispone che il RUP, in caso di inadeguatezza dell'organico, propone all'amministrazione aggiudicatrice l'affidamento delle attività di supporto, secondo le procedure e le modalità previste dalla normativa vigente e, in conformità a quanto previsto dal Codice, detti soggetti esterni devono essere muniti di assicurazione professionale.

Lo stesso art. 8, al comma 6, stabilisce che tali soggetti non possono partecipare agli incarichi di progettazione ovvero ad appalti e concessioni di lavori pubblici, nonché a subappalti e cottimi di lavori pubblici con riferimento ai quali abbiano espletato i propri compiti direttamente o per il tramite di altro soggetto che risulti controllato,

controllante o collegato all'affidatario (*cf.* art. 17, comma 9, della Merloni, oggi confluito nell'art. 90, comma 8, d.lgs. n. 163/06).

Il Legislatore, pertanto, sembra aver preso atto che, come anticipato in precedenza, non tutte le amministrazioni aggiudicatrici hanno, all'interno del proprio organico, "professionalità" adeguate alla natura dell'intervento da realizzare, tant'è che nella prassi è diventato "uso comune" il ricorso alla struttura di supporto esterno, capace di fornire professionalità complementari al RUP:

Per attività di supporto devono intendersi attività strumentali di acquisizione ed elaborazione dati, di messa a disposizione di specifiche competenze tecniche, tecnico-amministrative e legali, che costituiscono il presupposto indefettibile del corretto e completo esercizio delle competenze attribuite al RUP.

I compiti di supporto all'attività del responsabile del procedimento possono essere affidati sia a singoli professionisti, sia a professionisti associati che a società di professionisti, sia, infine, a società di ingegneria.

Resta, comunque, fermo il principio generale della non delegabilità all'esterno delle funzioni di RUP, ad eccezione, pertanto, delle attività di supporto tecnico sopra evidenziate.

Inoltre, nell'ambito delle verifiche e della validazione dei progetti, l'art. 48, comma 2, d.P.R. 554/99 dispone che gli affidatari delle attività di supporto non possono espletare incarichi di progettazione e non possono partecipare neppure indirettamente agli appalti, alle concessioni ed ai relativi subappalti e cottimi con riferimento ai lavori per i quali abbiano svolto le predette attività.

Tale norma, unitamente al citato art. 8, comma 6, stabilisce il divieto per gli affidatari dei servizi di supporto di partecipare a procedure selettive per l'aggiudicazione dei lavori dell'opera, in relazione alla quale abbiano prestato le proprie attività professionali, anche se in possesso dei prescritti requisiti.

Appare evidente che il fine delle suddette disposizioni è quello di impedire, attraverso una mirata strumentalizzazione delle attività di progettazione e delle attività ad essa correlate, la precostituzione di posizioni di vantaggio per l'aggiudicazione dei lavori in capo al progettista o ai soggetti a questo legati, di modo che possa essere pienamente garantito il rispetto del principio della *par condicio* dei concorrenti.

9. L'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, forniture e servizi.

Con l'art. 4, comma 1, della cessata legge n. 109/1994, è stata istituita l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'art. 1, comma 1, nella materia dei lavori pubblici, anche di interesse regionale.

Con il Codice dei contratti pubblici, il Legislatore ha esteso l'ambito di competenza dell'Autorità di Vigilanza agli appalti di servizi e

**L'istituzione dell'Autorità e
l'ambito di competenza**

forniture nei settori ordinari, e agli appalti di lavori, servizi e forniture nei settori speciali, imponendo, pertanto, nuovi oneri in capo alle stazioni appaltanti.

Ai sensi dell'art. 6, comma 5, del Codice, infatti, l'Autorità vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, nonché, nei limiti stabiliti dal Codice, sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture esclusi dall'ambito di applicazione del presente Codice, al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'art. 2 e, segnatamente, il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara.

L'art. 6, comma 7, stabilisce che, oltre a svolgere i compiti espressamente previsti da altre norme, l'Autorità:

- a) vigila sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare vigente, verificando la regolarità delle procedure di affidamento;
- b) vigila sui contratti di lavori, servizi, forniture, esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice; non sono soggetti a obblighi di comunicazione all'Osservatorio né a vigilanza dell'Autorità i contratti di cui agli artt. 16,17,18;
- c) vigila affinché sia assicurata l'economicità di esecuzione dei contratti pubblici;
- d) accerta che dall'esecuzione dei contratti non sia derivato pregiudizio per il pubblico erario;
- e) segnala al Governo e al Parlamento, con apposita comunicazione, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sui contratti pubblici;
- f) formula al Governo proposte in ordine alle modifiche occorrenti in relazione alla legislazione che disciplina i contratti pubblici di lavori, servizi, forniture;
- g) formula al Ministro delle infrastrutture proposte per la revisione del regolamento;
- h) predispone e invia al Governo e al Parlamento una relazione annuale nella quale si evidenziano le disfunzioni riscontrate nel settore dei contratti pubblici;
- i) sovrintende all'attività dell'Osservatorio di cui all'art. 7;
- l) esercita i poteri sanzionatori ad essa attribuiti;
- m) vigila sul sistema di qualificazione, con le modalità stabilite dal regolamento di cui all'art.5; nell'esercizio di tale vigilanza l'Autorità può annullare, in caso di constatata inerzia degli organismi di attestazione, le attestazioni rilasciate in difetto dei presupposti stabiliti dalle norme vigenti, nonché sospendere, in via cautelare, dette attestazioni;
- n) su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione;

I compiti dell'Autorità

o) svolge i compiti previsti dall'art.1, comma 67, legge n. 266/05.

Al comma 9, l'art. 6 dispone che nell'ambito della propria attività l'Autorità può:

a) richiedere alle stazioni appaltanti, agli operatori economici esecutori dei contratti, alle SOA, nonché ad ogni altra pubblica amministrazione e ad ogni ente, anche regionale, operatore economico o persona fisica che ne sia in possesso, documenti, informazioni e chiarimenti relativamente ai lavori, servizi e forniture pubblici, in corso o da iniziare, al conferimento di incarichi di progettazione, agli affidamenti;

b) disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi anche della collaborazione di altri organi dello Stato;

c) disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria;

d) avvalersi del Corpo della Guardia di Finanza, che esegue le verifiche e gli accertamenti richiesti agendo con i poteri di indagine ad esso attribuiti ai fini degli accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto e alle imposte sui redditi. Tutte le notizie, le informazioni e i dati acquisiti dalla Guardia di Finanza nello svolgimento di tali attività sono comunicati all'Autorità.

In base al successivo comma 11, con provvedimento dell'Autorità, i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi di cui al comma 9 sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino ad € 25.822,00 se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti, ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino ad € 51.545,00 se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri.

Le stesse sanzioni si applicano agli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, nonché agli operatori economici che forniscono dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei requisiti di qualificazione, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione.

Ai fini del monitoraggio delle procedure di affidamento, l'Autorità ha sancito l'obbligo di richiesta del Codice Identificativo Gara per:

- affidamenti di servizi e forniture di importo superiore ad €20.000;
- affidamenti di lavori di importo superiore ad €40.000.

Con avviso del 31 marzo 2010, l'Autorità ha reso note le nuove modalità ai fini del versamento delle contribuzioni alle cui istruzioni operative i soggetti vigilati (stazioni appaltanti, operatori economici e organismi di attestazione SOA) devono attenersi con decorrenza dal 1° maggio 2010. Le istruzioni operative sono pubblicate sul sito dell'Autorità per la Vigilanza <http://www.avcp.it>.

Le disposizioni della deliberazione del 15 marzo 2010, inerenti la richiesta del CIG e l'obbligo di contribuzione, si applicano a tutti i

I poteri dell'Autorità

**II CIG
Codice identificativo gara**

contratti soggetti all'applicazione del Codice aventi ad oggetto l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, indipendentemente dalla procedura adottata o dal contratto affidato.

Sono esclusi dall'obbligo del versamento del contributo e dalla richiesta del CIG:

- le gare per acquisto di energia elettrica o gas naturale e quelle per l'acquisto di acqua all'ingrosso, di cui all'art. 25 del Codice;
- l'individuazione di partner privati nell'ambito di società miste;
- i contratti di cui agli artt. 16, 17 e 18 del Codice.

Nell'ambito dell'Autorità opera, poi, l'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, composto da una sezione centrale e da sezioni regionali aventi sede presso le regioni e le province autonome.

Tra le funzioni di maggior rilievo, l'Osservatorio provvede

- alla raccolta e alla elaborazione dei dati informativi concernenti i contratti pubblici su tutto il territorio nazionale,
- garantisce l'accesso generalizzato ai dati raccolti,
- adempie agli oneri di pubblicità e di conoscibilità richiesti dall'Autorità,
- determina annualmente costi standardizzati per tipo di lavoro in relazione a specifiche aree territoriali,
- gestisce il proprio sito informatico.

L'Osservatorio

10. Gli obblighi di comunicazione all'Autorità delle informazioni relative agli appalti

L'art. 7, comma 8 del Codice disciplina gli obblighi di comunicazione da parte delle committenti all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture in relazione alle informazione relative agli appalti.

In particolare, le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori sono tenuti a comunicare all'Osservatorio, per contratti di importo superiore ad € 150.000,00:

- a) entro trenta giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva o di definizione della procedura negoziata, i dati concernenti il contenuto dei bandi, dei verbali di gara, i soggetti invitati, l'importo di aggiudicazione, il nominativo dell'affidatario e del progettista;
- b) limitatamente ai settori ordinari, entro sessanta giorni dalla data del loro compimento ed effettuazione, l'inizio, gli stati di avanzamento e l'ultimazione dei lavori, servizi, forniture, l'effettuazione del collaudo, l'importo finale. Per gli appalti di importo inferiore a 500.000 Euro non è necessaria la comunicazione dell'emissione degli stati di avanzamento. Le norme del presente comma non si applicano ai contratti di cui agli artt. 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, per i quali le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori trasmettono all'Autorità, entro il 31 gennaio di ciascun anno, una relazione contenente il numero e i dati essenziali relativi a detti contratti affidati nell'anno

precedente. Il soggetto che ometta, senza giustificato motivo, di fornire i dati richiesti è sottoposto, con provvedimento dell'Autorità, alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma fino ad € 25.822,00. La sanzione è elevata fino ad € 51.545,00 se sono forniti dati non veritieri.

Con comunicato del 4 aprile 2008, l'Autorità ha poi stabilito che per lavori, servizi e forniture, di importo superiore ad € 150.000,00, aggiudicati dal 1° maggio 2008, le stazioni appaltanti trasmettono in via telematica, previa iscrizione all'anagrafe, tramite accesso al SIMOG, i dati relativi alle seguenti fasi dell'appalto:

- Aggiudicazione (entro 30 gg.);
 - Fase iniziale esecuzione e avanzamento del contratto (entro 60 gg.);
 - Sospensioni (entro 60 gg.);
 - Varianti (entro 60 gg.);
 - Subappalti (entro 60 gg.)
 - Variazione in corso d'opera dell'aggiudicatario (entro 60 gg.);
- Conclusione del contratto (entro 60 gg.);
- Collaudo (entro 60 gg.).

Con lo stesso comunicato, l'Autorità si è riservata di rendere note le modalità di trasmissione dei dati dei contratti, settori speciali e ordinari, di lavori da €40.000 ad €150.000; e di servizi e forniture da €20.000 ad €150.000.

Con decorrenza dal 19 febbraio 2008, le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare, entro 10 giorni, all'Autorità, ai fini dell'annotazione, anche: le esclusioni dalle gare di servizi e forniture; le violazioni, anche non gravi, della normativa sicurezza e degli obblighi derivanti da rapporti di lavoro, di cui la S.A. sia venuta a conoscenza nel corso della gara; dei fatti relativi all'esecuzione di servizi e forniture.

11. La determinazione a contrattare.

La determinazione a contrattare, il primo atto del procedimento ad evidenza pubblica, è un atto a rilevanza interna con il quale la pubblica amministrazione, tramite il dirigente competente, manifesta la propria volontà di addivenire alla stipula del contratto.

Al riguardo, l'art. 11, comma 2, del Codice stabilisce che, prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni pubbliche decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto ed i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.

La determinazione a contrarre costituisce atto presupposto e strumentale al provvedimento di aggiudicazione ed alla successiva stipulazione del contratto.

La mancata adozione, la nullità o l'annullabilità (vizi di legittimità) della determinazione a contrarre determinando un vizio dell'*iter* procedimentale e si riflettono inevitabilmente su tutti gli atti del

procedimento di gara, incluso il provvedimento di aggiudicazione ed il successivo contratto comportandone un suo vizio derivato (nullità o annullabilità).

La determinazione a contrattare deve indicare:

- a) il fine di pubblico interesse che si intende perseguire con il contratto;
- b) l'oggetto del contratto;
- c) la forma del contratto;
- d) le clausole ritenute essenziali (di norma, con la determinazione a contrarre vengono approvati anche il capitolato speciale d'appalto e lo schema di contratto che contengono le clausole essenziali dell'appalto);
- e) le modalità di scelta del contraente (procedura aperta o ristretta, art. 55, co. 1); la motivazione del ricorso alla procedura negoziata senza bando o al dialogo competitivo (art. 57, co. 1; art. 59, co. 3); il criterio di selezione degli operatori e delle offerte (art. 11, co. 2);
- f) la somma limite a disposizione della stazione appaltante.

Ai sensi dell'art. 53, comma 2, del Codice, negli appalti di lavori pubblici, la determinazione a contrattare stabilisce se il contratto ha ad oggetto, alternativamente:

- 1) la sola esecuzione di lavori;
 - 2) la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori (sulla base del progetto definitivo dell'Amministrazione aggiudicatrice);
 - 3) previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base del progetto preliminare predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice;
- Nei casi 2) e 3) la determinazione a contrarre deve contenere anche la motivazione della scelta, specificando le esigenze tecniche, organizzative ed economiche.

La determinazione a contrattare può contenere anche le seguenti previsioni:

- l'indicazione del nominativo del RUP (tale indicazione è obbligatoria nel bando o lettera d'invito ai sensi dell'art. 10, comma 8, del Codice);
- la nomina di uno o più esperti incaricati di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni in ordine a ciascun criterio di valutazione dell'offerta, in ipotesi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (v. art. 83, comma 4).

EVOLUZIONE DELLA FIGURA DEL RUP NELLA DISCIPLINA DEGLI APPALTI PUBBLICI

RUP
Art. 10 Codice contratti pubblici

Per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante contratto pubblico le amministrazioni aggiudicatrici nominano, ai sensi della **legge 7 agosto 1990, n. 241**, e s.m.i., un responsabile del procedimento unico per le fasi di

Progettazione

Affidamento

Esecuzione

I SOGGETTI TENUTI ALLA NOMINA DEL RUP
Art. 10 Codice contratti pubblici

Art. 10, co.1
Natura pubblica del committente

- amministrazioni dello Stato
- Enti pubblici territoriali, Enti pubblici non economici, Organismi di diritto pubblico

OBBLIGO DI NOMINA ALL'INTERNO DELL'ORGANICO, con le modalità di cui alla **legge 241/90**
Nomina soggetto "esterno" solo in caso di accertata CARENZA

Art. 10, co. 9
Natura privatistica del committente

- S.p.A. miste
- Enti che operano nei c.d. "settori speciali"
-

Nomina **di uno o più soggetti** cui affidare i compiti del RUP secondo il **PROPRIO ORDINAMENTO** in conformità ai principi sanciti dalla legge 241/90

MODALITA' DI NOMINA

