

IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI, FORNITURE
(pagg. 1 – 21)

IL CONTO TERZI (pagg. da 21 – 25)

Il decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, modificato dalla legge 12 luglio 2006, n. 228 e dal d. lgs. N. 113/2007, portante il “Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”, costituisce una rilevante evoluzione del sistema normativo in materia di appaltistica pubblica, ponendosi come utile strumento per l’interprete operante presso una p.a., che si ritrova a disporre di una sorta di “testo unico” (*recte*: Codice) in materia, con eliminazione della precedente legislazione, caratterizzata da specificità di disciplina e quindi frammentata.

L’impianto giuridico previgente , come si ricorda, si fondava, in materia di lavori pubblici, sulla legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.i., da cui erano stati originati il Regolamento Generale (DPR 554/99), il Capitolato Generale d’appalto (D.M. 145/00) ed il Regolamento sul nuovo sistema di qualificazione delle imprese (D.P.R. 34/00). Sono seguite, inoltre, le innovazioni di cui alla legge 166/02 (Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti) e le deroghe contenute nel decreto legislativo 190/02 (Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443 per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale).

I servizi, a loro volta, trovavano fondamento nel d. lgs. N. 157/95 e s.m.i. (Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti di pubblici servizi), mentre per quelli cosiddetti “sotto soglia”, in assenza di una specifica

regolamentazione normativa, trovava applicazione il DPR 573/94 (riguardante i procedimenti di aggiudicazione delle forniture “sotto soglia”), anche se in via analogica, ovvero, per le amministrazioni ad ordinamento autonomo, i rispettivi Regolamenti di contabilità.

Le forniture, invece, erano “domiciliate” nel DPR 573/94, per gli affidamenti “sotto soglia” e nel d. lgs. N. 358/92 e s.m.i. per quelli “sopra soglia”, anche se, per i primi, trovavano vigenza i Regolamenti di contabilità emanati dalle amministrazioni ad ordinamento autonomo.

Il triplice *corpus* normativo, appena enucleato, è confluito nel Codice di cui è parola, il quale, pertanto, costituisce la fonte unitaria della disciplina degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Si cercherà di evidenziare i punti di maggiore novità introdotti dal nuovo “quadro normativo” , anche in raffronto con la precedente disciplina, pur nella consapevolezza che gli spunti di riflessione che insorgeranno non potranno consentirci di affrontarli nel tempo a disposizione, se non per linee generali.

Sulla dimensione innovativa di tale intervento legislativo, a mio avviso, appare illuminante il parere del Consiglio di Stato – Sezione consultiva per gli atti normativi – reso, nell’Adunanza del 6 febbraio 2006 , n. sez. 355/06, sullo schema del decreto legislativo recante le nuove disposizioni del “Codice”.

Il Codice è stato emanato in attuazione dell’art. 25, comma 1, della legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004), contenente la delega, al Governo, ad emanare le norme di recepimento delle direttive comunitarie 2004/17/CE e

2004/18/CE, del 31.3.2004, concernenti rispettivamente le procedure di appalto nei settori esclusi ed il “coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori, di forniture e di servizi”.

Emerge una prima considerazione: la delega prevista dal citato art. 25 è più ampia rispetto alle altre indicate dalla legge comunitaria. Difatti, mentre l’art. 5 della L. 62/05 delega il Governo ad emanare “testi unici” contenenti le disposizioni normative di recepimento di direttive comunitarie in taluni settori, in una sorta di testo coordinato, apportando eventuali modifiche al solo scopo di creare, sotto il profilo sistematico, un impianto normativo coerente e logico, la delega dell’art.25 sembra estendersi sino ad una portata di innovatività, non limitandosi, come nel caso dell’altra, ad una mera riproduzione coordinata dell’esistente giuridico. La finalità dell’art. 25 è quella di creare un *corpus* normativo unico degli appalti , in relazione ai lavori, servizi e forniture. Ne è conseguita la abrogazione di 29 tra leggi, regolamenti e decreti e di oltre un centinaio di articoli, rivenibili in una trentina di disposizioni legislative, riguardanti sia i settori ordinari che quelli esclusi.

Il ridetto articolo 25 si pone come momento di attuazione delle direttive comunitarie 2004/17-18 (entrate in vigore il 1.2.2006)- che a loro volta (in particolare la 18) avevano unificato le precedenti, distinte per materia e riguardanti rispettivamente i lavori pubblici, le forniture, i servizi ed i settori esclusi – codificando (ed in ciò si configura un esempio della funzione innovativa del Codice) anche gli orientamenti giurisprudenziali comunitari versati in tali materie. La stessa definizione di “Codice” e non di “Testo unico”, utilizzata dal legislatore, ha un

preciso significato, nel senso che ha inteso rievocare il vecchio concetto di “codice”(si pensi a quelli di : civile, procedura civile e procedura penale), **quale norma compiuta e dal carattere interamente legislativo**, volto al “*raggiungimento di equilibri provvisori, orientati a raccogliere le numerose leggi speciali di settore (spesso anche di origine comunitaria, come nel caso di specie), in modo da conferire alla raccolta una portata sistematica, orientandola ad idee regolative capaci di garantire l’unità e la coerenza complessiva della disciplina*”. E’ evidente che un tale obiettivo non è configurabile in capo ad un Testo Unico, dato, come noto, da una mera operazione di raccolta di norme preesistenti , la cui natura giuridica (legislativa o regolamentare) versa ancor oggi in una disputa dottrinaia. Restano salve le normative in materia di antimafia e di sicurezza dei cantieri.

Un primo problema emerge dall’art. 1 della legge 109/94 secondo cui le sue disposizioni possono essere abrogate o modificate soltanto “*per dichiarazione espressa con specifico riferimento a singole disposizioni*”, e non con una fonte normativa secondaria, quale il decreto legislativo in parola. La questione, che apparentemente poneva problemi di costituzionalità, viene risolto in considerazione del fatto che le abrogazioni e le modifiche in discussione sono state adottate con decreto legislativo delegato, che come noto ha valore e forza di pari grado della legge delega.

Il “corpus” del Codice:

- **PARTE I**, “Principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall’ambito di applicazione del Codice”; si divide in : TITOLO I (Principi e disposizioni comuni artt. 1-15) e TITOLO II (Contratti esclusi in tutto o in parte dall’ambito di applicazione del Codice artt. 16-27);
- **PARTE II** “Contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari”; si divide in TITOLO I (Contratti di rilevanza comunitaria artt. 28 - 120); TITOLO II (Contratti sotto soglia comunitaria artt. 121-125); TITOLO III (Disposizioni ulteriori per i contratti relativi a lavori pubblici artt. 126 – 194); TITOLO IV (contratti in taluni settori artt. 195 – 205).
- **PARTE III** (Contratti pubblici di lavori servizi, forniture nei settori speciali), che si divide in TITOLO I (Contratti pubblici di lavori, servizi, forniture nei settori speciali di rilevanza comunitaria – artt. 206 – 237); TITOLO II (Contratti pubblici di lavori, servizi, forniture nei settori speciali sotto soglia comunitaria art. 238).
- **PARTE IV** (Contenzioso artt. 239 – 246).
- **PARTE V** (Disposizioni di coordinamento, finali e transitorie – abrogazioni artt. 247 – 257).

Da una prima e generica rassegna delle disposizioni, emergono elementi di differenziazione tra il nuovo ed il vecchio regime. Si ricorda, in particolare, che la 109 contemplava disposizioni in parte differenziate rispetto a quelle comunitarie, *“prevedendo la rigida separazione tra attività di progettazione ed attività di*

esecuzione dei lavori, la limitazione del ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della trattativa privata e della introduzione delle varianti, l'abolizione dell'istituto della revisione prezzi....., che costituivano i punti maggiormente qualificanti di quella riforma”.

Il Codice, come si rileverà, costituisce un indubbio passo in avanti, anche se, rispetto alla 109, presenta maggiori limiti non potendo prescindere dall'osservanza dei principi comunitari fissati dalle direttive. Quale conseguenza, emerge anche una p.a. maggiormente responsabile come, ad es., nella fase di scelta del metodo di gara, la cui individuazione deve tener conto delle proprie esigenze tecniche, economiche ed organizzative (art. 53), nell'ambito di una “politica” permanente degli appalti.

La presente relazione è articolata per punti, in modo da offrire, una visione schematica delle più rilevanti novità introdotte dalla normativa de qua .

Punto 1. L'emanazione del codice è stata preceduta dai pareri del Consiglio di Stato (n. 355/06) e della Conferenza unificata Stato-Regioni-Citta'(9 febbraio 2006), come riportato, tra l'altro, nel preambolo del decreto legislativo.

Punto 1.a. Gli artt. 1, 2 e 3 contemplano rispettivamente: A) l'ambito oggettivo del 163, riguardante la disciplina unica di tutti i contratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture; B) l'elencazione dei principi in materia contrattuale, con espresso riferimento a quelli di cui alla legge n. 241/90 e s.m.i.; C) le definizioni, nel senso che è riportato il glossario della contrattualistica pubblica, costituente un utile strumento di comprensione della terminologia utilizzata nel *corpus* normativo in questione.

Punto 2. Una prima considerazione, la più banale ed ovvia, ci porta subito a rilevare che il Codice (**art. 1**) unifica gli appalti di lavori, servizi e forniture sotto una stessa disciplina, con conseguente estensione a questi ultimi di alcuni istituti previsti dalla legislazione sui lavori pubblici, quali ad es., la previsione della figura del **Responsabile del procedimento** anche per le forniture e servizi (**art. 10**) e le garanzie ex art. 75.

Punto 3. L'**art. 2, comma 2**, prevede che il principio di economicità, di cui al precedente comma 1, **può** essere subordinato a criteri ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente. Quindi prevalenza di quest'ultimi sul primo, da **motivarsi** con apposito provvedimento (responsabilità dei funzionari).

Punto 4. L'**art. 5** prevede l'emanazione di un Regolamento di esecuzione e di attuazione del Codice, nelle cui more vanno applicati i Regolamenti vigenti. Il comma 5 contempla le materie che saranno oggetto della disciplina regolamentare. Tale regolamento, ai sensi del **comma 2 dell'art. 253**, sarà adottato entro un anno (termine ordinatorio) dalla data di entrata in vigore del Codice (1° luglio 2006), ed entrerà in vigore 180 giorni dopo la sua pubblicazione.

Punto 5. L'**art. 53, al primo comma**, prevede l'obbligo della esternalizzazione dei lavori pubblici, nel senso che essi possono essere affidati **esclusivamente** mediante contratti di appalto o di concessione. Il C.d.S., a tale riguardo, si è posto l'interrogativo se la disposizione possa interpretarsi nel senso della sua idoneità ad acquisire opere pubbliche mediante la vendita o locazione di cosa futura, o leasing immobiliare. Una conclusione negativa, prosegue il supremo Consulente, in concreto

potrebbe condurre al caso, ad esempio, di un'opera che dovendosi realizzare esclusivamente su di un determinato suolo, di proprietà di un'impresa costruttrice, non potrebbe essere acquisita se non dopo l'espropriazione dell'area, a seguito della quale dovranno lanciarsi le procedure di gara, con conseguente aggravio di costi, anche in termini di tempo.

Il **comma 2** introduce l'affidamento generalizzato, seppure con provvedimento motivato, della progettazione esecutiva e definitiva allo stesso appaltatore. Con la L. 109/94, si ricorda, tale affidamento era possibile soltanto nei casi espressamente previsti dall'art. 19. IL C.d.S, nel suo parere, rileva la conformità di tale previsione alla disciplina europea.

In particolare, si prevede che il contratto, in caso di appalto di lavori pubblici, possa avere ad oggetto:

- a) la sola esecuzione;
- b) la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, sulla base del progetto definitivo predisposto dalla p.a. (appalto integrato);
- c) Previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base della progettazione preliminare della stazione appaltante (appalto integrato complesso).

Punto 6. Gli artt. 56 e 57 abbattono i limiti alla trattativa privata, previsti dalla precedente normativa in tema di appalti di lavori, servizi e forniture, ed introducono i lotti funzionali (**art. 56 u.c.**). Viene adottata la nomenclatura comunitaria, diversamente dalla 109 che indicava la trattativa privata. E' stata prevista la duplice

forma della procedura negoziata “*con e senza preventiva pubblicazione del bando*” e, nel ricalcare la previsione comunitaria, ha esteso la possibilità di farvi ricorso, rispetto alla precedente normativa.

Punto 7. Rispetto alla 109 non è più prevista la procedura dell'appalto – concorso, anche se, a ben guardare, la terza fattispecie (lett. C) prevista dall'art. 53, in cui si parla di acquisizione, in sede di offerta, del progetto definitivo, sembra rievocare sostanzialmente l'appalto-concorso.

Punto 8. In merito **alle procedure di scelta del contraente, l'art. 54** prevede le procedure aperte e ristrette (**art. 55**), negoziate (**artt. 56 e 57**) ovvero il dialogo competitivo (**art. 58**), con esclusione dell'appalto-concorso.

L'art. 125 disciplina la fattispecie dei “lavori, servizi e forniture in economia”, che possono effettuarsi, da parte del responsabile del procedimento, in “*amministrazione diretta*” o con il “*cottimo fiduciario*” . Per i lavori, queste due ultime forme sono adottate rispettivamente, ai sensi del comma 5, per importi non superiori a 50.000 e 200.000 euro . Per forniture e servizi (comma 9), il limite di valore è fissato in 137.000 euro, per le amministrazioni dell'art. 28, comma 1, lett. a, e 211.000 per le altre amministrazioni, tra cui rientrano le Università, previste dallo stesso comma lett. b).

I commi 6 e 10 indicano, rispettivamente per l'affidamento dei lavori e dei servizi e forniture, gli ambiti oggettivi di applicazione. A tale ultimo proposito, il **comma 22 dell'art. 253 (norme transitorie)** prevede che fino all'entrata in vigore del Regolamento di attuazione di cui all'art. 5, tali procedure restano disciplinate per

i lavori, dal DPR 554/99 e per le forniture e servizi , dal DPR 384/2001 (Regolamento di semplificazione di procedimenti di spese in economia) ovvero, a mio avviso, dai Regolamenti propri di ciascuna amministrazione ad ordinamento autonomo (v. ad es. le Università, i cui Regolamenti dovrebbero essere adeguati al suddetto limite di valore di Euro 211.000).

L'art. 122 contiene la “disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia”, prevedendo (comma 5) un duplice regime di pubblicità, a seconda che il valore dell'appalto sia pari/superiore a 500.000 euro, diversamente dai tre previsti dalla legge Merloni (art. 29) e dal DPR 554/99 (art. 80). **L'art. 124**, invece, disciplina: (comma 5) la pubblicità degli “appalti di servizi e forniture sotto soglia”, senza osservanza degli obblighi previsti in ambito sopranazionale; nonché i termini di ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte.

L'art. 123 contempla, per i lavori, la procedura ristretta semplificata, per importi inferiori a 750.000 euro, sostitutiva di quella di cui all'art. 23 della 109.

L'art. 252, comma 3, per scopi di trasparenza e semplificazione, dà via libera ai **Bandi on line**, che potranno essere utilizzati a seguito dell'emanazione del DPCM che ne definirà gli aspetti organizzativi e le modalità.

Punto 9 I criteri di aggiudicazione, previsti dagli **artt. 81 e segg.** del codice, sono dati dal prezzo più basso e dall'offerta economicamente più vantaggiosa. I due criteri non sono indifferenti e complanari tra loro, essendo rimessi (2° comma art. 81) alla scelta discrezionale della p.a., la quale deve, motivando, prescegliere quello più adeguato in relazione alle caratteristiche delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Rispetto alla 109 (art. 21), salta il criterio unico di aggiudicazione al massimo ribasso.

Punto 10 L'art. 86 non prevede più, diversamente dalla 109 (art. 21), la fattispecie dell'esclusione automatica delle offerte anomale, nel caso di appalti sotto soglia. Tale esclusione diventa facoltativa (comma 3). Vengono introdotti, ai commi 1 e 2, due diversi criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse, a seconda se si ricorra al criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Inoltre, il comma 3 prevede la possibilità per le pp.aa. di verificare anche quelle offerte, che sebbene non portino ribassi superiori alla soglia di anomalia, appaiono anormalmente basse, in ragione di elementi specifici.

Punto 11. Questo specifico punto, oggetto di censura dal C.d.S., riguarda la mancata previsione di una disciplina degli affidamenti "in house", sebbene vi fossero, come dire, pressioni politiche ed esigenze di natura giuridica, tendenti ad una posizione contraria, nel senso della sua previsione, anche in linea con la giurisprudenza comunitaria. Come noto, tale fattispecie, sottratta alla procedura dell'evidenza pubblica, è consentita soltanto nel caso in cui ricorra la partecipazione totalitaria pubblica e la società affidataria svolga la propria attività esclusivamente con le amministrazioni aggiudicatrici. Lo stesso art. 53, infatti, come sopra rilevato, prevede, attraverso la individuazione della tipologia degli affidamenti, l'obbligo di esternalizzare gli appalti, come la precedente Merloni, anche se introduce la fattispecie, dubbia in giurisprudenza, di cui **all'art. 32, comma 3**, dell'affidamento

dei lavori alla **società mista**, che sembra richiamare la ipotesi dell'appalto "in house". Ciò che fa specie è che tale ultimo istituto era previsto inizialmente dal decreto, ma nella stesura definitiva è stato soppresso, forse perché oggetto di controversia. Pertanto, oggi in assenza di un preciso impianto giuridico, soccorre, ancora una volta, la giurisprudenza, soprattutto quella comunitaria, il cui contributo costituisce, per l'interprete, l'unico punto di riferimento.

Diversamente, nei **settori speciali (artt. da 206 a 238)** la possibilità di ricorrere agli affidamenti diretti risulta ancor più liberalizzata rispetto alla precedente normativa (d. lgs. 158/95) e comprende anche l'appalto "in house" esteso ai lavori e alle forniture.

Punto 12. Per effetto della unificazione operata dal codice, come si è rilevato, si è ottenuta un'unica disciplina per l'affidamento ed esecuzione di lavori, servizi e forniture, con la conseguenza che le disposizioni dettate per i lavori pubblici trovano applicazione anche alle ultime due tipologie di appalto citate.

L'art. 75 ne costituisce un esempio, poiché estende le disposizioni della L. 109/94, in materia di garanzie a corredo dell'offerta (cauzione provvisoria), anche alle forniture e servizi, nella misura del due per cento del prezzo posto a base d'asta.

L'aspetto innovativo, previsto dal **comma 5**, è dato dalla possibilità di contemplare (**motivando**) nel bando (lex specialis) un periodo di validità maggiore o minore della garanzia, rispetto a quella ordinaria di 180 giorni, in ragione della durata presumibile del procedimento, nonché l'impegno del soggetto garante a rinnovare, per il periodo indicato sempre nel bando, la durata della garanzia, qualora entro il termine originario di validità non sia intervenuta l'aggiudicazione (problema: per

fatto imputabile o meno alla stazione appaltante od in modo incondizionato? E per quante volte?).

La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto e si svincola automaticamente al momento di detta sottoscrizione.

All'atto della comunicazione dell'esito della gara ai non aggiudicatari, la p.a. provvede agli svincoli delle rispettive garanzie offerte.

L'art. 113 disciplina la fattispecie della **garanzia definitiva** per la fase di esecuzione del contratto, pari al 10 per cento dell'importo contrattuale. Nell'ipotesi di aggiudicazione con il ribasso superiore al 10 per cento, la garanzia fideiussoria è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10 per cento; ove il ribasso sia superiore al 20 per cento l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20 per cento.

Rispetto alla fase di esecuzione gli artt. 113 e segg. (capo V – Titolo I) estendono ai servizi e forniture alcune disposizioni, previste al riguardo dal dpr 554/99 (ad es. varianti, adeguamento prezzi, vicende soggettive dell'esecutore del contratto, subappalto).

Punto 13. L'art. 114 disciplina la materia delle varianti in corso d'opera, da applicare anche ai servizi e forniture, che ripropone quanto previsto dalla 109. Nel caso della procedura negoziata (artt. 56 e 57) i limiti alle varianti potrebbero essere disattesi, considerata le disposizioni ivi contenute.

Punto 14. L'art. 115 , per i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi e forniture, prevede l'obbligo di recare una clausola di revisione periodica dei

prezzi contrattuali, richiamando l'art. 6, comma 4, della finanziaria 1994 (L. 537/93).

La revisione deve avvenire, per le forniture e servizi, ad opera dei dirigenti responsabili della loro acquisizione.

Punto 15. L'art. 116 riguarda le vicende soggettive dell'esecutore del contratto, estese anche alle forniture e servizi, previste dall'art. 10, comma 1 ter, 35 e 36 della L. 109/94 (fusioni, scissioni, cessione o affitto d'azienda).

Punto 16. L'art. 117 disciplina, anche per le forniture e servizi, l'istituto della cessione dei crediti, prevista dall'art. 26 comma 5 della 109 e dall'art. 115 del dpr 554/99. Tuttavia il creditore cessionario non può opporre tale cessione, se non nel caso in cui sia stata notificata alla stazione appaltante nei termini indicati dal medesimo articolo.

Punto 17. L'art. 118 pone il divieto di cessione del contratto, derogabile soltanto nelle ipotesi previste dall'art. 116. Per il **subappalto** ed i suoi limiti è riproposta la disciplina dell'art. 18 della L. 55/90. Per i servizi e forniture, a cui si applica questa disposizione, il limite del 30 % si riferisce all'importo contrattuale e quindi risulta meno rigido rispetto a quello dei lavori, per i quali detto 30% va riferito esclusivamente alla categoria prevalente.

Punto 18. Gli artt. 119 e 120 estendono ai servizi e forniture, alcuni principi, valevoli per i lavori pubblici, in materia di collaudo e direzione delle prestazioni.

Punto 19. Nuovi istituti. 1) **L'art. 58** introduce la fattispecie del **Dialogo Competitivo**, già previsto dall'art. 29 della direttiva 2004/18, consistente (art. 3 comma 39) in una procedura nella quale la stazione appaltante, in caso di appalti

particolarmente complessi, avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte; a tale procedura qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare.

2) **L'art. 59** disciplina **“l'accordo quadro”**, contemplato dall'art. 32 della direttiva 2004/18, secondo cui una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici possono stabilire le clausole, relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo – non superiore a 4 anni salvo in casi eccezionali debitamente motivati - in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso le quantità previste. Esso non ha valenza per la progettazione e per gli altri servizi di natura intellettuale, se non nei limiti previsti dal comma 1 dell'art. 59. 3) **L'art. 60** introduce i **“sistemi dinamici di acquisizione”** (appalto elettronico), previsti dall'art. 33 della direttiva 2004/18, consistenti in procedimenti di acquisizione interamente elettronico, per acquisiti di uso corrente, le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze di una stazione appaltante, limitato nel tempo e aperto, per tutta la sua durata, a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'onori (art. 3 comma 14). 4) **L'asta elettronica (art. 85)** (art. 2 comma 15) è un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, o di nuovi valori riguardanti taluni elementi dell'offerta, che interviene dopo una prima valutazione completa (attraverso una gara tradizionale) delle offerte permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base

di un trattamento automatico. Non possono essere oggetto di aste elettroniche, gli appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori.

In conclusione, le aste elettroniche - che rivestono natura di “criterio di aggiudicazione” (per essere previste nella sezione V, relativa ai criteri di aggiudicazione: criterio formale) - non costituiscono un modo della “procedura di scelta del contraente”, disciplinata dalla sezione I del Capo III, art. 53 e segg., e che resta, come detto, nell’ambito delle fattispecie della gara aperta, ristretta o negoziata o dialogo competitivo.

Punto 20. Il Codice introduce, a livello normativo, l’istituto **dell’avvalimento (art. 49)** consistente nella possibilità, per un concorrente ad una gara di appalto, di poter dimostrare la sussistenza dei requisiti di qualificazione richiesti, facendo riferimento alle risorse e alle capacità di un altro soggetto, “avvalendosi” appunto dei requisiti di quest’ultimo. Tale fattispecie trovava luogo nelle direttive 2004/17 e 2004/18, anche se con una disciplina ridotta.

Punto 21 . Per quanto concerne la determinazione dell’importo contrattuale, rappresenta elemento di rilevante novità **l’art. 29** “*Metodi di calcolo del valore stimato dei contratti pubblici*” il quale prescrive che la stima dell’importo totale pagabile al netto dell’IVA comprende:

- 1) qualsiasi forma di rinnovo od opzione del contratto;
- 2) premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti;

Inoltre: vieta espressamente (commi 4 e 11) non solo il frazionamento del contratto ma anche la scelta del metodo di calcolo preordinata a sottrarre lo stesso contratto alla disciplina comunitaria; ai commi 7, 8 e 9 individua i metodi di calcolo per ciascuna fattispecie di appalto.

Punto 22. L'Authority cambia nome e si definisce "Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (**art. 6**). Il controllo di questa amministrazione, quindi, si estende anche ai servizi e alle forniture sotto soglia comunitaria, diversamente dalla previsione della direttiva 2004/18 che lo riserva agli appalti sopra soglia, con conseguenti problemi di costituzionalità per eccesso di delega.

Punto 23. Il Codice, nella parte IV, **artt. 239 e seguenti**, introduce diversi sistemi con funzione deflattiva dei contenziosi, ed in particolare: **la transazione (art.239)**, **l'accordo bonario (art. 240)** e **l'arbitrato (art. 241)**, **l'intervento dell'Authority , che esprime, su richiesta, parere in ordine a controversie insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara (art. 6, comma 7, lett. n).**

Punto 24. Il Codice (**artt. 244 e 245**) riafferma in modo univoco la giurisdizione del giudice amministrativo, in alternativa al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, anche sulle domande di risarcimento. In tal modo viene definitivamente sottratta al G.O. ogni competenza sulla materia, così come specificata nei tre commi dell'art. 244.

Una rilevante novità è stata introdotta dal **comma 3 dell'art. 245**, che prevede una forma di tutela prima ancora della proposizione del ricorso. In particolare è

previsto che in caso di eccezionale gravità ed urgenza, tale da non poter consentire la notifica del ricorso e la richiesta di provvedimenti cautelari, il soggetto può proporre istanza al Presidente del TAR competente, per l'adozione di misure interinali e provvisorie, nelle more della proposizione del ricorso di merito e della richiesta di domanda cautelare.

Punto 25. Un ultimo aspetto della norma in esame è dato dalla problematica concernente l'efficacia nel tempo delle sue disposizioni. L'art. 253 (**norme transitorie**) al comma 3, prevede che, per i lavori pubblici, fino all'entrata del Regolamento attuativo di cui all'art. 5, continueranno ad applicarsi le disposizioni del dpr 554/99 e dpr 34/2000 nonché le altre disposizioni regolamentari vigenti che, in base al Codice, dovranno essere contenute nel detto regolamento dell'art. 5, **nei limiti di compatibilità con il Codice stesso.** Sempre con riferimento ai lavori pubblici, fino all'adozione del nuovo Capitolato generale continua ad applicarsi il D.M. 145/2000. se richiamato nel bando.

Ne consegue che , durante la fase transitoria, le Stazioni appaltanti dovranno adoperarsi, per gli appalti di lavori, in una delicata attività di armonizzazione delle disposizioni del Codice con quelle della precedente normativa ancora vigenti.

Per gli appalti di servizi e forniture sotto soglia, invece, ai sensi dell'art. 124, la disciplina del Codice sembra trovare già vigenza, anche se per i requisiti morali, professionali e finanziari delle imprese concorrenti occorre attendere il regolamento dell'art. 5. Ma per quest'ultimi aspetti, la p.a., nell'individuare i requisiti, può

ricorrere ai principi dell'art. 2 , improntati alla non discriminazione, alla proporzionalità e ragionevolezza.

Punto 26. Gli **articoli da 134 a 140** prevedono i casi di scioglimento del vincolo contrattuale, dettagliando le varie fattispecie, quali: “Recesso”, “Risoluzione del contratto per reati accertati”, “Risoluzione del contratto per grave inadempimento grave irregolarità e grave ritardo”, “Inadempimento di contratti di cottimo”, “provvedimenti in seguito alla risoluzione del contratto”, “Obblighi in caso di risoluzione del contratto” e “Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore”.

Punto 27. L'**art. 256** contiene l'elencazione delle disposizioni abrogate.

Punto 28. La legge 12 luglio 2006, n. 228 (Proroga di termini per l'emanazione di atti di natura regolamentare e legislativa), all'art. 1 octies, introduce delle modifiche al decreto legislativo 163/2006, anche in relazione allo slittamento dell'entrata in vigore di alcune sue disposizioni, prevedendo l'efficacia a regime dall' 1.2.2007.

Inoltre, il Ministero delle infrastrutture ha predisposto uno schema di decreto legislativo contenente modifiche al d. lgs. 163/2006, su cui si è già espresso il C.d.S., sez. consultiva per gli atti normativi, con parere 28 settembre 2006 n. 3641/2006.

Conclusioni. Il codice, come si rileva dalle sue disposizioni, costituisce, in ragione del mantenimento di alcuni istituti, una sorta di continuità con la precedente legge Merloni, anche se trasfusa in un'unica disciplina, riguardante anche altri settori degli appalti pubblici, quali le forniture e servizi. E' evidente però che come innanzi rilevato, l'allargamento delle maglie che in precedenza “arrestavano” l'operato di una

p.a. (si pensi ad. Es. alla possibilità di ricorrere ai lotti funzionali, con la conseguenza che l'impresa possa preordinarsi di "recuperare" con gli affidamenti successivi l'eventuale eccessivo sconto applicato in sede di offerta), pone seri problemi di responsabilità dei funzionari della p.a., anche per ragioni di contenimento della spesa pubblica.

Non si può non considerare, in un'ultima analisi, che dal punto operativo, disporre di un unico strumento normativo, su una materia che in precedenza correva su percorsi giuridici differenziati, costituisce un utile strumento di lavoro da parte del funzionario che cura l'appaltistica pubblica.

Un ultimo aspetto problematico, ma non per importanza, riguarda specificamente le Università ed in particolare gli ambiti applicativi dei propri Regolamenti di contabilità, che sembrano ormai "sopravvivere" limitatamente agli affidamenti in economia. La questione merita, fuor di dubbio, una discussione approfondita e di ordine monotematico, poiché non appare di facile ed immediata soluzione, dovendosi ricordare l'autonomia contabile (con specifico riferimento all'attività contrattuale) delle Università con le disposizioni della nuova normativa speciale di settore. Come noto, già dall'entrata in vigore della 109, la disciplina regolamentare dei lavori, a livello di singolo Ateneo, di fatto è risultata tacitamente abrogata dalla legge quadro, residuando un'applicazione della stessa limitatamente alle forniture e servizi sotto soglia. Con la novella del Codice non possiamo esimerci dal valutare quali siano gli effettivi e residuali ambiti disciplinari, ancora vigenti, dei Regolamenti di contabilità delle Università, per la parte di interesse, sembrando

prima facie sopravvivere soltanto limitatamente alle procedure di affidamento in economia, come sopra rilevato. Se così fosse, ogni Università, per conservare in concreto comunque una propria autonomia contabile, dovrebbe estendere, ai massimi limiti di valore consentiti (Euro 211.000), i propri regolamenti disciplinanti le procedure in economia.

In ultimo, non si può prescindere, anche per l'esercizio finanziario in corso, all'ennesimo richiamo alla legge finanziaria (anno 2008), il cui art. 2, commi 569 – 585, in tema di "razionalizzazione del sistema degli acquisti di beni e servizi", prevede che le Università **possono** ricorrere alle convenzioni Consip ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti.

IL CONTO TERZI

L'art. 66 del D.P.R. 382/80, che disciplinava il c.d. "conto terzi", testualmente recita: "Le Università, purchè non vi osti lo svolgimento della loro funzione scientifica didattica, possono eseguire attività di ricerca e consulenza stabilite mediante *contratti e convenzioni* con enti pubblici e privati. L'esecuzione di tali contratti e convenzioni sarà affidata, di norma, ai dipartimenti o, qualora questi non siano costituiti, agli Istituti o alle cliniche universitarie o a singoli docenti a tempo pieno. I proventi delle prestazioni dei contratti e convenzioni di cui al comma precedente sono ripartiti secondo un regolamento approvato dal consiglio di amministrazione dell'Università, sulla base di uno schema predisposto, su proposta del Consiglio universitario nazionale, dal Ministro (della pubblica istruzione). *Il personale docente e non docente che collabora a tali prestazioni può essere ricompensato fino a una somma annua totale non superiore al 30 per cento della retribuzione complessiva. In ogni caso la somma così erogata al personale non può superare il 50 per cento dei proventi globali delle prestazioni*".

In primis, si richiama la vostra attenzione sulla terminologia usata dal legislatore: "contratti" e "convenzioni", quasi che dette categorie fossero differenti per disciplina.

In realtà, come autorevolmente sostiene M.S. Giannini, il termine "convenzione" è privo di contenuto scientifico, ed è utilizzato in modo atecnico per descrivere moduli consensuali, il cui diverso atteggiarsi nella realtà potrà portare ad una qualificazione giuridica solo a posteriori.

Le fattispecie riconducibili all'art. 66 vanno oculatamente delimitate, nelle sedi regolamentari di ciascuna Università, proprio perché questo consente di compensare il personale che presta la propria opera per l'espletamento dell'attività commissionata.

Il secondo comma dell'art. 1 del D.M. Pubblica Istruzione 30 dicembre 1981 ne delimita l'ambito di applicazione **"a quelle prestazioni eseguite dall'Università avvalendosi delle proprie strutture che non rientrano nei compiti istituzionali delle Università stesse ed in cui l'interesse del committente è prevalente"**.

I criteri previsti dalla norma si prestano, comunque, a valutazioni soggettive ed è sovente difficile stabilire in concreto se l'attività richiesta rientra tra i compiti istituzionali e se sia prevalente l'interesse dell'una o dell'altra parte.

La seconda tipologia di negozi da descrivere è quella che ingloba i cosiddetti **"contributi di ricerca"**.

1) Generalmente tali negozi, a fronte di una erogazione all'Università di somme destinate ad Istituti, Dipartimenti, Cliniche, gruppi di docenti, prevedono l'obbligo di consegnare all'altra parte un rapporto finale sull'attività di studio svolta e la rendicontazione delle spese sopportate. La controparte può essere un privato ovvero un Ente Pubblico. Nel primo caso il negozio integrerà una donazione modale, nel secondo un contratto accessivo a provvedimento concessorio, ovvero un "atto di sottomissione".

I contributi di ricerca non eccedono mai i costi preventivati, trovano capienza in capitoli di spesa pubblica predeterminati, non possono essere utilizzati per corrispondere compenso al personale universitario, ma può essere prelevata una quota

percentuale per spese generali che sarà calcolata sulla somma totale epurata delle spese per investimento.

Particolare interesse rivestiva anche la differenziazione concettuale delle tipologie dei contratti e convenzioni di cui all'art. 66 rispetto alle **prestazioni a pagamento** di cui all'art. 49 del R.D. 31.8.1933, n. 1592

La dottrina ha sottolineato che "non è possibile distinguere le prestazioni per conto terzi di cui all'art. 49 da quelle attività di ricerca e consulenza previste dall'art. 66, ritenendo le prime attività istituzionali degli istituti universitari, mentre le seconde attività istituzionali dell'Università, in quanto è fuori dubbio che gli istituti non hanno personalità giuridica" ed ha ritenuto l'art.66 assorbente delle prestazioni prima disciplinate dall'art. 49, I comma, escludendo le prestazioni ambulatoriali e servizi di diagnosi e cura effettuati negli istituti, policlinici e cliniche universitarie di ricovero e cura convenzionati con la regione o con le Unità Sanitarie Locali, che troverebbero disciplina più consona nelle convenzioni di cui alla legge n.833/78 e successive modificazioni ed integrazioni.

La responsabilità amministrativo-contabile in cui incorre il funzionario addetto alla liquidazione dei compensi ai docenti che abbiano prestato attività per conto di terzi che abbia erroneamente ricondotta all'art.66 l'attività, induce a non accettare tout-court la tesi della dottrina.

Si ritiene che l'attenzione del funzionario deve essere rivolta, piuttosto che a ritrovare caratteri di istituzionalità, alla prestazione in sé.

L'art. 49 sembrerebbe contemplare prestazioni qualificabili come operazioni, attività che richiedono molto spesso l'uso di attrezzature e sfociano in giudizi espressi in base a mera discrezionalità tecnica (prove, tarature, analisi); l'art. 66 invece sembrerebbe contemplare attività scientifiche dove predominante è un'attività intellettuale che trova nelle cognizioni tecniche il suo presupposto e si traduce in un'interpretazione soggettiva del risultato di eventuali operazioni per il conseguimento di obiettivi ulteriori rispetto al rilevamento dei dati. Non deve indurre

in errore l'uso dello strumento convenzionale per disciplinare l'attività commissionata; infatti una prestazione a pagamento continuerebbe a rimanere analisi, taratura, riconducibile all'art. 49, anche quando trovasse disciplina in un contratto, mentre un'attività di consulenza sarebbe da ricondursi all'art. 66, anche se espletata in base ad una commissione non formalizzata con proposte ed accettazione scritta.

A conclusione e per fugare ogni dubbio circa i comportamenti adottabili, sembra opportuno citare l'orientamento giurisprudenziale.

Dopo numerose sentenze a sfavore della compensabilità delle prestazioni di cui all'art. 49 citato ai docenti di cui trattasi, il TAR Puglia, nella sentenza del 25.2.1998, ha dichiarato che, cessando per i professori in parola, a partire dalla data del 30.10.1981, l'equiparazione economica ai dirigenti di livello A dello Stato, cessano anche le preclusioni derivanti dall'applicazione ai medesimi del principio dell'onnicomprendività, che riguardano anche le prestazioni di cui si tratta, anche se rientranti tra i doveri d'ufficio di professori universitari.

In tal senso si è espresso anche il Consiglio di Stato con Sentenza del 2.4.1997, n. 521.

Pertanto, allo stato odierno, la differenziazione attiene soltanto ad una eventuale diversa disciplina nel Regolamento di cui dovrà dotarsi l'Ateneo e non inerisce più al compenso da corrispondere alla categoria dei docenti in discussione.

E' interessante evidenziare che sono riconducibili nell'ambito di applicabilità dell'art. 66 citato le attività svolte dal personale nell'interesse della stessa Università di appartenenza. In tal senso, si è espresso il Consiglio di Stato, Sezione 2, il 19.10.1988, con parere n. 563, che ha, peraltro, escluso la possibilità di operare per tale via una duplicazione di retribuzione per attività istituzionali. L'alto Consesso ha, altresì, precisato che allorché la natura della prestazione presuppone l'appartenenza ad un ordine professionale, l'incarico potrà essere affidato esclusivamente al personale iscritto al relativo albo o quantomeno all'albo speciale previsto per i docenti che abbiano optato per il regime a tempo pieno.

Mi rendo conto, in conclusione, che la materia trattata non risulta esaustiva in

tutti i suoi aspetti problematici, data la vastità delle disposizioni in materia purtuttavia ritengo che siano stati raggiunti risultati proficui, almeno lo spero.

E' evidente che le situazioni giuridiche concrete spesso sembrano discostarsi dalle previsioni astratte del legislatore, ma questa è la vita dell'interprete, qual è ciascuno di noi, il quale deve far ricorso sempre più spesso, per individuare soluzioni, a strumenti giuridici caratterizzati da una crescente complessità e problematicità, avvalendosi della dottrina e, soprattutto, dei pronunciamenti giurisprudenziali.

Tanto anche in ragione del fenomeno dell'elefantiasi normativa che sta trovando spazio nel nostro Paese, con particolare riferimento al sistema universitario che costituisce, senza potersi revocare in dubbio, un ordinamento giuridico complesso.

Gaetano Prudente
Dirigente presso l'Università degli Studi di Bari
Coordinatore dell'Avvocatura