

L'affidamento dei contratti pubblici per i servizi attinenti l'architettura e l'ingegneria dopo il codice dei contratti: alcune riflessioni.

Autore: Latorraca Vincenzo

In: Diritto amministrativo

1. Brevi premesse di carattere generale.

L'affidamento di un incarico professionale da parte di un'amministrazione aggiudicatrice pone oggi delicati problemi legati al momento di transizione dalla precedente disciplina, distribuita per settori, a quella unificata, attualmente vigente

quale unico corpus di principi, codificati in recepimento della normativa europea.

Peraltro già le leggi in materia di affidamenti pubblici (di lavori, servizi e forniture) costituivano l'attuazione di altrettante e distinte direttive, anche se l'esperienza giuridica nazionale ne rappresentava comunque il nucleo essenziale.

Il grande interesse della Comunità europea nella materia dei contratti pubblici nasce, sostanzialmente, dall'esigenza di salvaguardare il principio di concorrenza, al fine di "liberalizzare ed espandere il commercio mondiale", come è ben evidenziato nel settimo considerando della direttiva n. 2004/18/Ce[1].

Ed è proprio la norma comunitaria ad introdurre, unificando le precedenti, il concetto degli appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture.

Sotto il profilo giuridico, nell'ambito privatistico e nella nostra lunga esperienza in materia di appalti pubblici (la prima legge post unitaria risale al 1865, la 2248, all. F) parlare di "appalti pubblici di forniture" costituisce un non senso: l'appalto, secondo la rigorosa definizione dell'ordinamento nazionale, è un contratto oneroso con il quale una parte, con gestione e organizzazione di mezzi a proprio rischio, si assume l'impegno di realizzare un'opera o di prestare un servizio verso il corrispettivo; la fornitura è, come noto, una particolare modalità della compravendita di prodotti o servizi.

Ben si comprende che l'obbligazione assunta con l'appalto non ha nulla a che vedere con essa.

Del resto neppure la dizione appalto di lavori è corretta.

L'appalto ha ad oggetto un'opus (la locatio operis della tradizione romanistica) e non meri lavori.

Anche il codice dei contratti pubblici (D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) nel dare attuazione alla direttiva unificante mantiene l'ambiguità nominalistica.

Dalla commissione De Lise (dal nome del suo presidente) era lecito attendersi un maggior rigore sistematico nel dare attuazione alla direttiva, rispettando la nostra tradizione giuridica.

2.L'affidamento dei contratti d'opera professionale nei servizi attinenti l'architettura e l'ingegneria.

Torniamo, però, dopo le brevi annotazioni di carattere generale, al tema dell'affidamento dei contratti d'opera professionale, nelle materie relative all'architettura e all'ingegneria, dopo l'entrata in vigore del codice.

L'art. 34 fornisce l'elencazione dei soggetti cui possono essere affidati i contratti pubblici: non vi è alcun riferimento ai professionisti, anche se deve considerarsi che la categoria degli operatori economici, a livello comunitario, li contempli[2].

Peraltro, al successivo art. 39, tra i requisiti di idoneità professionale, viene elencata anche l'iscrizione agli albi, requisito necessario delle professioni intellettuali.

Solo per le procedure di affidamento di incarichi di progettazione, l'art. 90 individua esplicitamente, quali destinatari dell'affidamento, i professionisti singoli o associati.

La distinzione operata dal codice tra contratti di rilevanza comunitaria e contratti privi di tale rilevanza non tragga in inganno: con la sua entrata in vigore la disciplina dei contratti sotto la soglia comunitaria è in buona parte analoga a quella prevista per gli affidamenti sopra soglia[3]

L'art. 121 del codice, difatti, si limita sancire che le norme per i contratti sopra soglia si applicano anche a quelli sotto soglia, fatte salve le deroghe esplicite, indicate negli articoli successivi, che concernono alcune semplificazioni in ragione degli importi residuali del contratto.

Si osservi, da ultimo, che ai fini delle procedure di affidamento, la disciplina del contratto d'opera intellettuale, contemplata dagli artt. 2230 e ss. cod. civ., non assume rilevanza, anche se resta il negozio giuridico di riferimento nella fase esecutiva del rapporto, compatibilmente con le specificità del contratto pubblico[4].

Nella fase genetica del contratto, ove l'attività professionale è considerata attività d'impresa[5], le prestazioni intellettuali sono considerate erogazioni di servizi, assoggettabili alle procedure ad evidenza pubblica.

2.1. la progettazione di lavori.

Nell'esaminare l'affidamento di incarichi professionali relativi all'architettura e all'ingegneria, si precisa che il codice mantiene, in tale ambito, un'incomprensibile distinzione tra la progettazione in materia di lavori pubblici e le altre prestazioni di servizi (urbanistica e paesaggistica). Distinzione non prevista nel corpus della direttiva, che si limita a stabilire tout court le regole applicabili ai servizi, distinguendo, con due allegati, quelli per cui opera, sostanzialmente, il codice dei contratti (e vi sono compresi i servizi relativi all'ingegneria e all'architettura[6]) e quelli esclusi quasi integralmente dall'applicazione del codice.

L'art. 90 riprende, sostanzialmente, l'ultima versione dell'art. 17 della precedente legge quadro sui lavori pubblici (legge 109/94), prevedendo, nei casi di carenza in organico del personale tecnico dell'amministrazione ed in altre residuali ipotesi, l'affidamento della progettazione dell'opera pubblica a soggetti esterni, tra i quali figurano espressamente i professionisti singoli ed associati, oltre alle società di ingegneria.

Permane il divieto di subappalto, già previsto dalla precedente legge quadro sui lavori pubblici, con alcune deroghe concernenti le indagini geologiche, i rilievi e le misurazioni, ecc.

2.1.1 la progettazione in relazione ad importi superiori a 100.000 Euro

Per la progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva (oltre che per il coordinamento della sicurezza e la direzione lavori), quando l'importo dell'opera professionale è pari o superiore a 100.000 Euro, si applicano le disposizioni previste oltre la soglia comunitaria[7], contenute nella parte seconda (titolo I e II) del codice e nella parte terza, se il progetto concerne i settori speciali.[8]

In tal caso le procedure di scelta del contraente potranno essere aperte (ogni operatore può presentare un'offerta) o ristrette (ogni operatore può chiedere di essere invitato alla gara)[9].

La procedura negoziata (il precedente sistema prevedeva la similare trattativa privata) resta eccezionale e sarà esperibile solo alle condizioni (e con le limitazioni) disciplinate dagli artt. 55 e 56 del codice.

2.1.2 la progettazione in relazione ad importi inferiori a 100.000 Euro

Diversamente, per gli importi inferiori a 100.000 Euro, la procedura diviene più flessibile, prevedendosi, in generale, l'applicazione dei principi di proporzionalità, non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza.

Sono canoni in parte già presenti nel nostro sistema (si pensi alla par condicio ed alla trasparenza), comunque attuativi dei principi statuiti dalla fonte comunitaria[10].

In tal caso l'amministrazione deve invitare almeno 5 operatori.

Il rimando, operato dall'art. 91 del codice, al sesto comma dell'art. 57, ribadisce la libertà della stazione appaltante nella scelta del criterio di aggiudicazione (prezzo più basso od offerta economicamente più vantaggiosa), fatto salvo il rispetto, oltre che dei riferiti principi, anche della rotazione nell'individuazione dei professionisti da invitare alla gara.

Una disciplina particolare è dettata per i concorsi di progettazione (selezione dei concorrenti, composizione della commissione giudicatrice) per i quali sono stabilite procedure aperte o ristrette ed in quest'ultima ipotesi, un numero minimo di partecipanti non inferiore a dieci. Le norme relative ai concorsi di progettazione sono richiamate anche per i concorsi di idee.

2.2 i restanti servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria.

Resterebbero, a questo punto, da delineare le regole previste per gli appalti di servizi attinenti l'architettura e l'ingegneria (esclusa la progettazione e le attività connesse che, come riferito, hanno una disciplina peculiare), relative alla pianificazione urbanistica e paesaggistica, oltre alla consulenza tecnico-scientifica nelle materie affini.

Per gli importi sopra la soglia comunitaria si applicherebbero i principi comuni a tutte le tipologie (lavori, forniture e servizi), con l'esclusione del titolo III, Parte seconda, riguardante i soli lavori.

Sotto soglia gli affidamenti sarebbero disciplinati dall'art. 124 del codice che introduce alcune necessarie semplificazioni, anche in ragione degli importi esigui.

L'uso del condizionale si impone per le novità previste dallo schema di regolamento attuativo del codice dei contratti (ad oggi non pubblicato), che introduce un correttivo[11] alla distinzione, determinata probabilmente da una svista, tra progettazione (e servizi connessi) e pianificazione.

Nello schema infatti si prevede che tutti i servizi attinenti l'architettura e l'ingegneria (e si deve dunque desumere anche per quelli relativi alla pianificazione urbanistica e paesaggistica) le procedure di affidamento hanno regole comuni.

Avv. Vincenzo Latorraca

[1]

Per una disamina sulle finalità della disciplina comunitaria in materia di appalto: Chiti-Greco, Trattato di diritto amministrativo europeo, Milano 1997, parte speciale, Tomo I, pag. 215.

[2]

L'art. 1, paragrafo 8, della dir. 2004/18/Ce definisce quale operatore economico l'imprenditore, il fornitore ed il prestatore di servizi (tra cui figurano i professionisti).

[3]

Cfr.: Oliveri in Appalti e contratti, fasc. 7/2007, pag. 8 e seguenti.

[4]

Si pensi, a solo titolo d'esempio, alla necessità della forma scritta, prevista dall'art. 3, comma 6, del codice.

[5]

L'art. 3 del D.lgs. 2 febbraio 2006 n. 30 così recita: “1. L'esercizio della professione si svolge nel rispetto della disciplina statale della tutela della concorrenza, ivi compresa quella delle deroghe consentite dal diritto comunitario a tutela di interessi pubblici costituzionalmente garantiti o per ragioni imperative di interesse generale, della riserva di attività professionale, delle tariffe e dei corrispettivi professionali, nonché della pubblicità professionale. 2. L'attività professionale esercitata in forma di lavoro autonomo è equiparata all'attività d'impresa ai fini della concorrenza di cui agli articoli 81, 82 e 86 (ex articoli 85, 86 e 90) del Trattato CE, salvo quanto previsto dalla normativa in materia di professioni intellettuali”.

[6]

Tra i servizi elencati nell'allegato II B della dir. 2004/18/Ce (e del codice dei contratti) figurano, al n. 12 delle categorie: “Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, anche integrata; servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica; servizi affini di consulenza scientifica e tecnica; servizi di sperimentazione tecnica e di analisi”

[7]

Si riporta l'art. 28 del codice: “Fatto salvo quanto previsto per gli appalti di forniture del Ministero della difesa dall'articolo 196, per i contratti pubblici di rilevanza comunitaria il valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (I.V.A.) è pari o superiore alle soglie seguenti: a) 137.000 euro, per gli 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 indicate nell'allegato IV; b) 211.000 euro, B1) per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da stazioni appaltanti diverse da quelle indicate nell'allegato IV (sono le autorità governative centrali, n.d.r.); B2) per gli appalti pubblici di servizi, aggiudicati 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”

[8]

Sono considerati settori speciali quelli relativi a gas, energia termica e d elettrica, acqua, servizi di trasporto, servizi postali, prospezione e d estrazione di petrolio ed altre fonti energetiche, porti e aeroporti, appalti che riguardano più settori

[9]

Per le definizioni si vedano gli artt. 3 e 55 del codice.

[10]

Dir. 2004/18/Ce (secondo considerando ed art. 2)

[11]

Si riporta l'art. 261 dello schema di regolamento: "Quando ricorre una delle situazioni previste dall'articolo 90, comma 6, del codice, le stazioni appaltanti affidano ai soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettere d), e), f), g) e h) del codice i servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria anche integrata e gli altri servizi tecnici concernenti la redazione del progetto preliminare, del progetto definitivo, del progetto esecutivo e del piano di sicurezza e di coordinamento nonché le attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione nel rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 130 del codice, secondo le procedure e con le modalità previste dalle disposizioni del presente titolo. Sono altresì affidabili la direzione dei lavori, le attività tecnico-amministrative connesse alla direzione dei lavori e il coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione"

<https://www.diritto.it/l-affidamento-dei-contratti-pubblici-per-i-servizi-attinenti-l-architettura-e-l-ingegneria-dopo-il-codice-dei-contratti-alcune-riflessioni/>