



## **I rischi della semplificazione nella nuova normativa sugli appalti pubblici: la procedura di affidamento degli incarichi di progettazione di ultima soglia.**

di Carlo Buonauro, Magistrato TAR Campania - Napoli

**1. Premessa.** L'intervento di riforma e codificazione della materia degli appalti pubblici, culminato (ancorché non in termini di compiuta definitività, attesi i successivi interventi di correzione e modificazione in atto) nel D. Lgs. n. 163/2006 (cd. Codice dei contratti pubblici) si pone in termini di discontinuità rispetto al precedente assetto ordinamentale del settore in questione, tra l'altro, lungo due evidenti coordinate di fondo di chiara ispirazione comunitaria, certamente apprezzabili in termini di principio, ma non sempre scevre da difficoltà e controindicazioni operative:

- da un lato, in luogo della frammentazione regolamentare che anteriormente connotava il nostro sistema legislativo (caoticamente "spalmato" su di una congerie di fonti eterogenee e distinto, sul piano contenutistico, in ragione della tipologia dell'oggetto del contratto da stipulare: servizi, forniture e lavori; sul piano del valore economico e della materia, in ragione rispettivamente del superamento o meno della cd. soglia comunitaria e della natura ordinaria o speciale del settore di riferimento; sul piano delle competenze, in ragione del livello statale, regionale, regolamentare della normativa) si tende alla predisposizione di un *unico testo*, volto a fornire, in linea di massima e salve le specificità del caso, una disciplina uniforme ed omogenea della procedura di evidenza pubblica preordinata alla stipula del contratto, indipendentemente dal suo oggetto e dalla sua rilevanza economico-funzionale.

- Per altro verso, soprattutto nel settore dei lavori pubblici, l'impronta fortemente restrittiva e di rigidità che pervadeva l'intero sistema della normativa sulle opere pubbliche (in ragione del contesto storico-sociale da cui scaturì la L. 109/94 nella sua originaria formulazione), viene del tutto ribaltata in un opposta

visione assiologica per la quale il valore del mercato e della concorrenza necessariamente postula un ben più elevato grado di semplificazione, snellimento e duttilità delle forme di azione delle stazioni appaltanti. In questo senso, vengono in rilievo, ad esempio le scelte in tema di tendenziale fungibilità tra i due criteri di aggiudicazione (prezzo più basso ed offerta economicamente più vantaggiosa); il superamento della separazione netta fra progettazione e realizzazione dei lavori, che potranno essere affidati a un solo soggetto; la rinnovata fiducia con cui si guarda a forme di affidamento diretto o comunque esulanti dalle rigorose formalità delle procedure concorsuali (si pensi all'ampio utilizzo delle ipotesi di procedura negoziata senza bando; alle nuove figure del dialogo competitivo e dell'accordo quadro; alla disciplina degli affidamenti in economia; ecc).

Nondimeno, anche dal confronto con le ben più perentorie opzioni formulate in sede di Legge delega, emerge la preoccupazione che tali previsioni normative consentano la (ri)emersione di prassi operative che, in nome dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa, celano forme di strumentalizzazione e distorsione in settori particolarmente delicati in ragione degli interessi coinvolti: è il caso delle modalità di affidamento degli incarichi di progettazione esterna.

**2. La precedente disciplina degli incarichi di progettazione e la giurisprudenza formatasi sul punto.** La materia del procedimento per l'affidamento dell'incarico professionale di cd. ultima soglia, fino all'entrata in vigore della Legge 18 aprile 2005 n. 62 (cd Legge Comunitaria per il 2004, recante altresì la delega per la redazione di un unico testo in materia di appalti pubblici) e del D. Lgs. n. 163/2006 (recante il cd. Codice dei contratti pubblici), è stata disciplinata dall'art. 17, comma 12, l. n. 109/94, nel testo, da ultimo, novellato dall'art. 7, comma 1, lett. i) n. 5) della l. 1° agosto 2002 n. 166, che così recitava :

*" Per l'affidamento di incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori il cui importo stimato sia inferiore a 100.000 euro le stazioni appaltanti per il tramite del responsabile del procedimento possono procedere all'affidamento ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e) f) e g), di loro fiducia, previa verifica dell'esperienza e della*

*capacità professionale degli stessi e con motivazione della scelta in relazione al progetto da affidare".*

La elaborazione pretoria risultava consolidata intorno ad alcuni principi che possono così riassumersi:

- l'art. 17, comma 12, l. 11 febbraio 1994 n. 109, nel disciplinare la procedura di affidamento degli incarichi di progettazione, non impone di provvedere attribuendo rilievo esaustivo e determinante ai curricula, ma soltanto che il processo di valutazione comparativa dei concorrenti deve prendere le mosse dalla verifica del possesso, documentato attraverso i curricula stessi, di capacità professionali adeguato all'incarico da attribuire (Cons. St. Sez. V 10 giugno 2002 n. 3206);

- la scelta dei professionisti con cui stipulare un contratto d'opera impone all'amministrazione, che abbia a tal fine emanato un avviso pubblico con invito ai professionisti interessati a presentare i curriculum, soltanto di dar conto di avere effettivamente proceduto alla scelta dopo la comparazione dei curricula pervenuti; non si possono sovrapporre la scelta fiduciaria - fatta di apprezzamenti soggettivi circa le qualità professionali e l'idoneità a soddisfare le esigenze del committente - e la scelta concorsuale costituita dall'applicazione di criteri oggettivi e predeterminati; stante l'incompatibilità logica tra le due cose e perché tale sovrapposizione, del resto, da una parte costituirebbe una garanzia puramente illusoria e dall'altra sarebbe perpetuamente censurabile da chi non è stato prescelto (Cons. St. Sez. V 19 febbraio 2004 n. 667);

- per l'affidamento dell'incarico di progettazione ex art. 17 l. 11 febbraio 1994 n. 109, è legittima la valutazione di carattere generale ancorata sia alla comprovata capacità tecnico-professionale sia alla specifica esperienza nella progettazione richiesta, e non è necessaria una comparazione analitica e puntuale di tutti i curricula sulla base di criteri predeterminati (Cons. St. Sez. V 7 aprile 2003 n. 1834);

- in materia di affidamento di incarichi di progettazione all'esterno, la Pubblica Amministrazione deve dare conto delle ragioni di preferenza accordata, in relazione agli indici di esperienza e di specifica capacità professionale, desunti dal curriculum del professionista prescelto (Tar Campania - Salerno Sez. I 31 marzo 2005 n. 327).

In sostanza, la citata elaborazione giurisprudenziale deve stimarsi ormai consolidata in ordine ad alcuni punti e segnatamente in ordine alla necessità che l'affidamento esterno

sia motivato con riferimento all'esperienza del professionista ed alla specifica capacità professionale del soggetto esterno, e non anche e necessariamente in ordine alla comparazione dei curricula, intesa come confronto stringente ed oggettivo tale da condurre ad una graduatoria necessariamente legata ad elementi precisi ed univoci, quali ad es. il numero delle opere progettate, il valore delle opere, la rilevanza delle opere, bensì alla comparazione intesa quale effettiva valutazione dei curricula presentati; nonché in ordine al principio per il quale il conferimento di un incarico di progettazione che consegua all'esperimento di procedura amministrativa attivata con avviso pubblico, non può assimilarsi ad una vera e propria procedura concorrenziale secondo i crismi dell'evidenza pubblica (Cons. St. Sez. V 10 febbraio 2004 n. 500).

Configurandosi al riguardo una scelta fiduciaria (tale la definiva la disposizione che governava il relativo procedimento) - sia pur operata all'esito di apposita selezione - fatta di apprezzamenti soggettivi circa le qualità professionali e l'idoneità a soddisfare le esigenze del committente, la giurisprudenza del giudice amministrativo richiedeva soltanto che essa non fosse slegata dalla necessaria motivazione che doverosamente doveva presiedere gli atti amministrativi per effetto dei principi generali introdotti dalla legge n. 241/90, e che tale motivazione, in ossequio alle coordinate tracciate dalla relativa disposizione normativa, desse conto dell'esperienza e delle capacità professionali del soggetto prescelto con specifico riferimento al progetto da affidare.

Non mancavano, peraltro, già nel vigore della precedente disciplina, interventi giurisprudenziali volti a rafforzare le garanzie partecipative di coloro che concorrevano al conferimento degli incarichi di progettazione di ultima soglia, anticipando in una certa qual misura le novità introdotte nel biennio 2005/2006.

Così, ad esempio, si è statuito che l'affidamento di incarichi di progettazione di valore sotto soglia non può considerarsi svincolato da qualsiasi onere istruttorio e motivazionale, essendo pur sempre necessaria la previa verifica dell'esperienza e della capacità professionale dei professionisti esterni di fiducia dell'ente (con comparazione dei curricula), nonché un'effettiva motivazione della scelta in relazione al progetto da affidare. Pertanto è illegittimo il provvedimento di incarico dotato di motivazione solo apparente, che non spiega in alcun modo le ragioni della ritenuta idoneità (rectius: maggiore idoneità) dei controinteressati all'incarico, utilizzando una clausola meramente

formale, vuota di contenuti effettivi, che andrebbe indifferentemente bene anche per l'attribuzione dell'incarico a qualunque altro concorrente. (T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 19 dicembre 2005 , n. 20462).

Peraltro, in senso parzialmente contrario, si era già espresso il medesimo giudice amministrativo partenopeo, temperando i principi sopra affermati e precisando che l'amministrazione, anche quando scelga di affidare gli incarichi di progettazione, d'importo inferiore ad euro 100.000 e senza esperimento di una formale procedura di aggiudicazione, come le è consentito dall'art. 7 comma 1, l. n. 166 del 2002, deve motivare la propria scelta dando sì conto delle ragioni della preferenza accordata, in relazione agli indici di esperienza e specifica capacità professionale desunti dal "curriculum" del professionista prescelto, ma nondimeno non è richiesta una comparazione analitica e puntuale dei "curriculum" di tutti i partecipanti sulla base di criteri predeterminati. (T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 03 marzo 2005 , n. 1547).

**3. L'ultima formulazione della art. 17 L. Merloni nel testo introdotto dalla L. Comunitaria 2004.** La novella di cui all'art. 24, comma 5, l. 18 aprile 2005 n. 62, c.d. legge comunitaria per il 2004, recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità europea, contiene una (prima) diversa disciplina degli affidamenti di valore inferiore a 100.000 (accogliendo le censure della Unione Europea nella procedura di infrazione che la stessa ha intentato contro l'Italia nella materia de qua ed anticipando il complessivo intervento codificatore in ragione dell'impellenza di adeguare il diritto interno a quello comunitario): da un lato, scompare il discusso riferimento alla "fiducia" presente nel pre-vigente testo normativo; dall'altro, la disciplina de qua viene confermata ai criteri di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, giusta indicazione emergente dalla recente Direttiva 2004/18/CE.

La citata novella rappresenta, quindi, il punto di arrivo di una successiva stratificazione normativa che, a partire dall'originaria formulazione dell'art. 17 della l. n. 109/94, configura un progressivo abbandono del modello dell'affidamento diretto degli incarichi tecnici da parte dell'organo giuntale, in carenza di adeguata pubblicità, per introdurre il diverso modulo dell'affidamento degli incarichi sotto soglia, non puramente

concorsuale, previa pubblicità e con obbligo di motivazione: può sinteticamente affermarsi che, già con il D.P.R. n. 554/99, gli incarichi fiduciari, consentiti fino a 40.000 euro, ex art. 62, comma 1, del citato D.P.R., dovevano essere preceduti da adeguata pubblicità e l'affidamento doveva essere reso noto con adeguate formalità, in uno alle motivazioni della scelta; fermo restando, per gli importi superiori a tale cifra, le formalità proprie di una procedura concorsuale.

Tale connotazione di fondo resta sostanzialmente immutata fino alla Merloni - ter, per essere poi modificato, come visto in precedenza, con la Merloni-quater (l. 1 agosto 2002 n. 166) che eleva da 40.000 a 100.000 la soglia dell'importo dei progetti da affidare, per il tramite del responsabile del procedimento, ai soggetti di fiducia delle amministrazioni, previa verifica dell'esperienza e della capacità professionale degli stessi e con motivazione della scelta in relazione al progetto da affidare.

La giurisprudenza ha prontamente colto la carica di innovatività sottesa all'intervento del 2005, evidenziandosi come in tema di affidamento di incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori di importo stimato inferiore a 100.000, l'art. 17 comma 12, l. 11 febbraio 1994, n. 109, nel testo risultante dalla modifica introdotta dall'art. 24, l. 18 aprile 2005, n. 62, sebbene non introduca una nuova procedura concorsuale tipica, essendo ispirata da intenti di semplificazione e speditezza dell'azione amministrativa, impone alle stazioni appaltanti di procedere agli affidamenti nel rispetto dei principi, di chiara ispirazione comunitaria, di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza; detti principi, impongono senz'altro alle stazioni appaltanti di dare adeguata pubblicità ai criteri di valutazione prescelti, di garantire la massima partecipazione alla procedura selettiva, di procedere alla scelta dell'affidatario sulla base di una valutazione comparativa dei curricula pervenuti, e di motivare in ordine alle ragioni della scelta medesima, con la conseguenza che, pur nell'ottica della massima semplificazione e speditezza correlata al limitato importo dell'incarico da affidare, le stazioni appaltanti non possono prescindere per gli affidamenti dall'osservanza di una procedura di evidenza, esternando adeguatamente, nel rispetto del principio di trasparenza, le ragioni sottese alla scelta dell'affidatario. (cfr., T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 16 gennaio 2006, n. 21 Corriere del merito 2006, 3)

Utile indicazioni al riguardo sono state rese Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con la Determinazione 19.01.2006, n. 1/06 (Gazzetta Ufficiale 14 febbraio 2006, n. 37), la quale nell'esplicare il significato dei richiamati principi comunitari – i quali costituiscono altrettanti corollari del generale principio comunitario della tutela della libera concorrenza, in base al quale si intende garantire a ciascun potenziale concorrente le stesse possibilità di partecipazione alle procedure di gara e l'imparzialità della relativa azione amministrativa - e dei correlati strumenti di attuazione ha elaborato le seguenti considerazioni

- i servizi di ingegneria di importo inferiore a 100.000 euro devono essere affidati dalle stazioni appaltanti previo esperimento di una procedura competitiva e comparativa, che dovrà essere preceduta dalla pubblicazione di un avviso, divulgato con modalità adeguate alla rilevanza dell'affidamento (ad esempio l'Albo pretorio, il sito internet, l'Albo della stazione appaltante...) e diffuso ai rispettivi Ordini professionali, al fine di raggiungere la più ampia sfera di potenziali professionisti interessati all'affidamento; l'Autorità, a questo proposito, insiste sulla necessità di assicurare adeguati tempi di pubblicazione;

- gli avvisi per l'affidamento dei servizi di ingegneria devono contenere gli elementi essenziali costituenti l'oggetto della prestazione, il relativo importo presunto, il tempo massimo per l'espletamento dell'incarico, il termine di ricezione delle offerte non inferiore a ventisei giorni dalla data di pubblicazione dell'avviso ed ogni altro ulteriore elemento di cui all'articolo 63 del D.P.R. 554/1999 ritenuto utile, nonché i criteri che verranno utilizzati per l'affidamento;

- i requisiti richiesti ai partecipanti alla selezione dovranno essere proporzionali all'incarico da affidare; è dunque esclusa la possibilità di richiedere i requisiti previsti per incarichi appartenenti a fasce superiori di importo;

- il merito tecnico da esaminare nella fase di ammissione alla selezione dovrà riguardare elementi meramente quantitativi (accertamento dell'importo dei lavori appartenenti alle stesse classi e categorie dell'opera oggetto dell'incarico, eseguiti in periodo anteriore alla data del bando). Al contrario, il merito tecnico da valutarsi nella fase di affidamento dovrà intendersi con riguardo alle caratteristiche qualitative di

progetti in precedenza redatti e presentati, che l'offerente ritiene rappresentativi della propria capacità progettuale e affini all'opera da progettare per tipologia ed importo.

In particolare, il principio di non discriminazione comporta, secondo la suddetta determinazione, il divieto di effettuare una selezione di concorrenti privilegiando coloro che esercitano prevalentemente la loro attività nello stesso ambito territoriale in cui devono essere svolte le prestazioni. È invece possibile istituire un elenco di professionisti presso le singole stazioni appaltanti, a patto che:

- siano previsti idonei meccanismi riguardanti il relativo aggiornamento periodico, anche semestrale;
- si adottino adeguate forme di pubblicità per garantire ai professionisti in possesso dei prescritti requisiti il diritto di iscriversi all'albo stesso, senza limitazioni temporali;
- criteri e requisiti per la formazione dell'albo siano adeguatamente pubblicizzati (come richiesto anche dall'art.62, comma 1 del DPR 554/1999). Per "adeguata pubblicità" secondo l'Autorità di Vigilanza deve intendersi quindi quella pubblicità che, seppure semplificata, permette di raggiungere la più ampia sfera di potenziali professionisti interessati all'affidamento, in relazione all'entità ed all'importanza dell'incarico, tenendo anche conto del contesto ambientale e di mercato.

**4. La nuova disciplina del Codice dei Contratti Pubblici (D. Lgs. N. 163/2006: Capo IV – Progettazione e concorsi di progettazione. Sezione I – Progettazione interna ed esterna, livelli della progettazione Artt. 90-112).** Il Codice dei Contratti, quanto alle caratteristiche sostanziali della progettazione esterna, ha, da un lato, riaffermato il principio della priorità della progettazione interna. Ed, invero, l'art. 90, comma 4 (che ripropone il comma 4 dell'art. 17 della Merloni) elenca (in modo da ritenersi tassativo) le ipotesi in cui è possibile affidare a soggetti esterni attività di progettazione e quelle tecnico-amministrative ad essa connesse:

- carenza di organico tecnico nelle stazioni appaltanti;
- difficoltà di rispettare i tempi della programmazione dei lavori o di svolgere i compiti d'istituto;
- lavori particolarmente complessi o di rilevanza ambientale od architettonica;



— necessità di predisporre progetti integrali (progetti elaborati in forma completa e dettagliata in tutte le sue parti, architettonica, strutturale e impiantistica: art. 2 Regolamento) che richiedano l'apporto di competenze diversificate.

Ove ricorrano queste ipotesi, il responsabile del procedimento le accerta e le certifica.

Sul piano tipologico-contenutistico deve osservarsi che fino alla Merloni ter, l'art. 17, comma 4 della legge quadro ammetteva esplicitamente l'affidamento a progettisti esterni della redazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo o di parti di esso, nonché lo svolgimento di attività tecnico-amministrative. Dopo la L. 415/1998 e tutt'ora nella formulazione del Codice, il ricorso a progettisti esterni per l'effettuazione di singole parti dell'attività progettuale non sembra più essere possibile: la norma, infatti, dispone che oggetto dell'affidamento può essere solo uno o più dei livelli progettuali. L'art. 91, comma 4, inoltre, dispone che le progettazioni definitiva ed esecutiva sono affidate, in via generale, al medesimo soggetto (non importa se pubblico o privato) salvo che particolari ragioni, accertate dal responsabile del procedimento, consiglino diversamente. Qualora i due livelli di progettazione siano affidati a soggetti diversi, il nuovo progettista dovrà esplicitamente accettare l'attività progettuale svolta dal predecessore.

L'affidamento può ricomprendere entrambi i livelli di progettazione, fermo restando che l'avvio di quello esecutivo resta sospensivamente condizionato alla determinazione della stazione appaltante sulla progettazione definitiva. Interessanti sono altresì le disposizioni che prevedono, per i progettisti interni, l'impossibilità di svolgere incarichi professionali nell'ambito territoriale dell'ufficio di appartenenza, qualora abbiano un rapporto a tempo parziale (art. 90, comma 4; si veda anche il disposto di cui all'art. 91, comma 8, che vieta l'affidamento di attività di progettazione, direzione, lavori, collaudo, indagine ed attività di supporto a mezzo di contratti a tempo determinato od altre procedure diverse da quelle previste dalla legge); e, per i progettisti incaricati, il divieto di partecipazione alla gara per l'aggiudicazione dei lavori dell'opera progettata (art. 90, comma 8), divieto che vale anche per le imprese collegate e controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c. (residuando il problema della rilevanza delle situazioni di cc.dd. controllo di fatto, secondo la più ampia previsione di cui all'art. 34, ult. comma, D. Lgs

163/06. Sul punto cfr. Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici Determinazione n. 1/2007 del 29 marzo 2007 “Partecipazione di concorrenti a gare di progettazione”).

Con specifico riguardo alla disciplina procedimentale degli incarichi di progettazione da affidare all'esterno, il Codice Contratti, a differenza della pre-vigente legge quadro che prevedeva tre diverse fasce di incarichi (fino a 100.000 euro, da 100.000 alla soglia comunitaria, sopra soglia), individua ora una soglia unica e distingue:

- gli incarichi superiori a 100.000 euro che devono affidarsi secondo le procedure previste nella parte II del Codice.

- gli incarichi di importo inferiore ai 100mila euro che possono affidarsi mediante procedura negoziata senza la preventiva pubblicazione di un bando (si consideri però la possibilità di affidamento diretto da parte del RUP degli incarichi fino a € 20.000,00 ai sensi dell'art. 125 dello stesso codice. Sul punto si rinvia alle recenti indicazioni fornite dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con la Determinazione n. 4/2007 del 29 marzo 2007, riportata per esteso nell'allegato al presente scritto.

Per questi ultimi la nuova normativa, se da un lato conferma le indicazioni di cui alla legge delega, dall'altro introduce un ulteriore – di non sempre facile comprensione sia nelle sue motivazioni che nella sua portata precettiva – passaggio dispositivo di tipo procedurale

La norma in questione è costituita dall'art. 91, comma 2 del Codice, in base alla quale

*2. Gli incarichi di progettazione di importo inferiore alla soglia di cui al comma 1 possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f), g) e h) dell'articolo 90, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei.*

Ne deriva che gli incarichi in esame possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, **a cura** del responsabile del procedimento nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza **e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6, vale a dire una procedura negoziata (senza previa pubblicazione di un bando) cui invitare almeno cinque soggetti.**

*6. Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico – finanziaria e tecnico – organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando.*

a) La prima novità concerne la posizione ed il ruolo del RUP nella procedura di affidamento degli incarichi di progettazione di ultima soglia.

Sul punto la precedente formulazione – “ per il tramite del responsabile del procedimento” – aveva ingenerato dubbi interpretativi in ordine sia al rapporto tra personale burocratico e organi di indirizzo politico, sia tra dirigente preposto all'ufficio competente ed il soggetto investito della responsabilità del procedimento.

Al riguardo, in ossequio alla più coerente e rigorosa interpretazione del sistema di competenze nel rinnovato quadro dell'organizzazione amministrativa, viene precisato, implicitamente ma univocamente, che, alla medesima stregua delle altre forme di affidamento di servizi, è in modo certo da escludersi un'attribuzione di competenza nella materia in questione all'organo politico-amministrativo.

È noto che l'art. 3 del D.Lgs. n. 29/1993 e poi l'art. 4 del D.Lgs. n. 165/2001, che sono norme che esprimono per espresso dettato dell'art. 1 dei medesimi D.Lgs. un principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico, hanno sancito la separazione tra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo in capo agli organi di governo, e le funzioni di gestione amministrativa della cosa pubblica in capo ai dirigenti delle Pubbliche Amministrazioni. In coerenza al suddetto principio ai dirigenti degli Enti Locali è dall'art. 107 del T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali specificamente attribuita la competenza in materia di procedure concorsuali d'appalto; ed in consonanza

con il carattere di principio fondamentale espresso dalla normativa in materia, il citato art. 107 del T.U. ha stabilito che le attribuzioni dei dirigenti non possono essere oggetto di deroga se non per espressa e specifica disposizione legislativa e che le disposizioni legislative che conferiscono agli organi di governo l'adozione di atti di gestione e di emissione di provvedimenti amministrativi s'intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti. Orbene in forza del quadro di principio e normativo richiamato è in modo certo da escludersi un'attribuzione di competenza nella materia in questione all'organo politico-amministrativo. Invero già la pre-vigente disposizione legislativa da ultimo citata stabiliva che la stazione appaltante dovesse procedere alla scelta del contraente "per il tramite del responsabile del procedimento," e ciò, in base al solo tenore letterale della norma, è già sufficiente ad escludere la competenza in materia della Giunta Municipale. Se poi si tiene conto della nuova disposizione e la si legge, come i canoni di corretta ermeneutica esigono, con riferimento al descritto quadro di principio e normativo, non può sorgere dubbio che in materia la competenza non è attribuita alla G.M. ma al Dirigente dell'Ufficio.

b) In secondo luogo e soprattutto, il Codice delinea alcuni passaggi procedurali ma, in attesa di una disciplina regolamentare sul punto, residuano ancora importanti aspetti di discrezionalità delle Stazioni appaltanti e dubbi interpretativi

b1) Sul piano dell'efficacia temporale del *novum* in questione, può discutersi se il rinvio operato con riferimento al disposto di cui all'art. 57, co. 6 (norma attualmente sospesa fino al 31.07.2007 per effetto del secondo correttivo operato dal D. Lgs. N. 6/2007) comporti la temporanea inoperatività anche della norma richiamante ovvero quest'ultima, secondo il modello del rinvio fisso e con soluzione ermeneutica che appare maggiormente fondata, non abbia una sfera di efficacia del tutto autonoma ed indipendente dalla sorte normativa della disposizione richiamata.

b2) Sul piano sostanziale, non vi è dubbio che, sulla scia della ratio già sottesa alla riforma del 2005, la scelta del progettista esterno postuli

- a monte una iniziale fase di pubblicità che, attraverso la congrua conoscibilità dell'avviso, faccia emergere le intenzioni della pubblica amministrazione. Di qui l'indicazione, tra l'altro, dell'oggetto

dell'affidamento, i requisiti minimi di partecipazione ed i criteri oggettivi di selezione.

- a valle una selezione di stampo comparativo (tra almeno cinque soggetti) con motivazione non meramente idoneativa ma di preferenza sulla scorta di prefissati parametri ed in base al criterio indicato in sede di avviso, il quale potrebbe, in tutto od in parte strutturarsi esemplificativamente secondo il seguente schema

a) capacità tecnico economica della struttura professionale con particolare riguardo ai servizi prestati per la Pubblica Amministrazione.

b) capacità tecnico economica specifica relativa ad opere della stessa categoria/tipologia realizzate negli ultimi anni;

c) caratteristiche qualitative di progetti in precedenza redatti, che l'offerente ritiene rappresentativi della propria capacità progettuale e affini all'opera da progettare per tipologia;

d) offerta economica; in considerazione dell'importanza dell'opera e del decoro della professione, così come stabilito dall'art. 2233 c.c.;

e) tempi di espletamento dell'incarico in considerazione dell'importanza dell'opera e del decoro della professione, così come stabilito dall'art. 2233 c.c.

f) presenza, in un gruppo di professionisti, di un giovane con iscrizione all'albo inferiore ai 5 anni dalla data del presente bando (si veda al riguardo l'art. 13, comma 12, della Legge Regionale N. 3 Del 27 Febbraio 2007 recante la "Disciplina dei Lavori Pubblici, dei Servizi e delle Forniture in Campania", secondo cui

*"La regione Campania, in accordo con gli ordini professionali, nel rispetto delle norme regolamentari statali, provvede ad agevolare ed incentivare la partecipazione dei giovani professionisti di cui al comma 7 anche attraverso forme di premialità e di riconoscimento ai fini curriculari della titolarità della parte del servizio prestato").*

Al riguardo deve rammentarsi come la nuova normativa, accanto al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa previa verifica dei requisiti di qualificazione previsti, preveda la possibilità che l'affidamento abbia luogo

secondo il metodo automatico ed oggettivo del “prezzo più basso” (eventualmente corretto con il sistema dell’esclusione automatica delle offerte anomale), secondo una tipologia attualmente resa in concreto operativa ed utilizzabile come criterio nella progettazione per effetto della discussa abrogazione dei minimi tariffari conseguente al cd. “Decreto Bersani (L. 248/06). Sul punto si rinvia alle recenti indicazioni fornite dall’ Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con la Determinazione n. 4/2007 del 29 marzo 2007.

- Residua il problema centrale tendente a stabilire quale sia il metodo attraverso cui selezionare gli almeno cinque candidati tra cui avviare la fase competitiva in senso stretto. Ed, invero, escluso che la norma imponga la pubblicazione di un bando di gara (in tal senso va innanzi tutto colto il rinvio alla procedura negoziata senza bando, per la quale è prevista l’individuazione degli operatori da consultare “sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziarie e tecnico-organizzative desunte dal mercato”), non emergono dalla norma sicuri indici ermeneutici per stabilire in che modo le stazioni appaltanti possano dedurre queste informazioni, stante altresì l’assenza di un sistema di qualificazione dei progettisti.

Sul punto paiono ipotizzabili due antipodiche ricostruzioni interpretative

I) La norma impone un procedimento strutturato in termini trifasici:

A) una Fase iniziale connessa alla redazione e diffusione dell’avviso, recante, tra l’altro, i criteri oggettivi di selezione dei candidati da invitare alla procedura competitiva (eventualmente insieme ai criteri ed ai punteggi per l’individuazione della migliore offerta pervenuta dai candidati selezionati, fermo restando che tale adempimento può essere temporalmente differito alla fase dell’invito a presentare l’offerta)

B) una Fase intermedia, definibile in senso lato di prequalificazione, che giunga a designare tra coloro che hanno dimostrato il possesso dei requisiti minimi di

ammissione, gli almeno cinque candidati da invitare alla fase strettamente competitiva

C) una Fase finale, di competizione in senso stretto, nella quale gli almeno cinque candidati selezionati verranno invitati a presentare l'offerta, la cui valutazione, secondo i criteri sopra descritti, porterà alla scelta del progettista.

Si tratta con evidenza di un sistema fortemente modellato sullo schema dell'evidenza pubblica e certamente conforme rispetto ai segnalati e vincolanti principi comunitari di concorrenza; nondimeno, per un verso, siffatta selezione rischia di compromettere le altrettanto significative esigenze di semplificazione che dovrebbero caratterizzare l'affidamento di incarichi di non rilevante importo e complessità (tanto che la stessa procedura d'infrazione avviata contro il nostro precedente sistema non imponeva l'obbligo di rispettare una procedura concorsuale tipica); e, dall'altro, rischia paradossalmente di presentarsi come maggiormente complessa ed articolata rispetto all'affidamento di incarichi di progettazione di importo compreso tra 100.000,00 euro e la soglia comunitaria, per i quali l'art. 125 del D. Lgs. N. 163/2006 prevede la possibilità che, con atto interno che espliciti l'intenzione dell'amministrazione di acquistare servizi (in genere ed in specie) di progettazione, rende legittima l'applicazione della semplificata procedura dell'acquisto in economia (essendo ivi statuito soltanto l'obbligo per le stazioni appaltanti, senza previa pubblicità, di invitare almeno cinque candidati in possesso dei requisiti richiesti e di aggiudicare mediante un predeterminato criterio di selezione)

II) All'opposto, la norma – anche per frenare gli eccessi garantisti prontamente emersi nella prima e citata giurisprudenza applicativa della Legge comunitaria per il 2004 – ha inteso circoscrivere la portata filo-concorrenziale sottesa all'applicazione dei menzionati principi comunitari soltanto alla fase competitiva tra i cinque soggetti, la cui preliminare scelta tuttavia non soggiace a vincoli comparativi, potendosi operare la relativa individuazione al di fuori di criteri oggettivi e predeterminati, salvo il possesso dei requisiti di qualificazione ed il vincolo di rotazione (non è chiaro se soltanto nei confronti del vincitore finale, non precludendo agli altri quattro di immediatamente

concorrere in nuove procedure di affidamento; ovvero estendendo anche a questi ultimi il meccanismo rotativo, sull'altrettanto valido presupposto per cui comunque agli stessi è stata riconosciuta l'astratta possibilità di concorrere per l'aggiudicazione, ma con il rischio di abusi e strumentalizzazioni ad excludendum). In altri termini, è stata avanzata la tesi che la nuova norma reintroduca – riveduto e corretto – un meccanismo di scelta fiduciaria sia pure tra i 5 competitori finali (i quali, anche se necessariamente in possesso dei prescritti requisiti, nondimeno possono essere scelti fiduciarmente a parità di requisiti), salva la loro rotazione, per effettuare una procedura di gara, con uno dei metodi indicati, fra questi soli cinque.

E ciò, se indubbiamente comporta un recupero di semplificazione, speditezza ed efficienza (sub specie di celerità e duttilità degli strumenti giuridici rispetto al fine da perseguire), nondimeno pone immediati problemi di compatibilità con il diritto comunitario nella misura in cui reintroduce un nuovo momento di “fiduciarità” che va in controtendenza con la L. 62/2005

**5. Conclusione.** Ecco quindi che la parabola normativa, lungi dal considerarsi completata, rischia di mutarsi in pericolosa sinusoide in cui alti e bassi, tensione concorrenziale-comunitaria e spinta fiduciario-nazionale si alternano in una sequenza non lineare (e per certi versi caotica) su cui la giurisprudenza amministrativa dovrà necessariamente intervenire per porre chiarezza, in attesa di un probabile, ulteriore aggiustamento normativo di stampo legislativo-interno (eventualmente anche in sede di normazione regionale o regolamentare) ovvero di un ennesimo procedimento di infrazione in sede comunitaria.