

## Articoli e note

n. 3-2006 - © copyright

PAOLO DI MARTINO

### Codice degli appalti e problemi di intertemporalità: il caso dell'appalto-integrato

Le Direttive comunitarie 17 e 18 del 31 marzo 2004 - relative, rispettivamente, al coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi - hanno stabilito che "Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva al più tardi entro il 31 gennaio 2006".

Tali direttive sono state formalmente recepite nel nostro ordinamento attraverso la legge 18 aprile 2005 n. 62 (cd. legge comunitaria), con la quale è stata conferita al Governo la delega ad adottare, entro il termine di diciotto mesi (e dunque, dal 12 maggio 2005, sino al 12 novembre 2006) dalla data di entrata in vigore della legge medesima (pubblicata sulla G.U. 27 aprile 2005 n. 96), i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione, fra l'altro, anche alle direttive sopra menzionate.

In attuazione di detta delega, il Consiglio dei Ministri ha approvato nella seduta del 13 gennaio 2006 il testo del cd. Codice dei contratti pubblici di appalti, servizi e forniture predisposto dalla Commissione presieduta dal Presidente del TAR Lazio, dott. Pasquale De Lise.

In detto 'Codice degli appalti', il Governo ha dovuto non solo affrontare il non irrilevante onere di armonizzare la copiosa e disarticolata normativa interna sedimentatasi nel tempo in tema di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, ma anche occuparsi di specifici ambiti operativi (quali, ad es., la trattativa privata e l'appalto integrato) in maniera diversa, spesse volte meno restrittiva, rispetto alla disciplina interna attualmente vigente[1].

Si pone tuttavia all'operatore del diritto uno spinoso problema.

Il termine fissato, in sede comunitaria, agli Stati membri per l'adeguamento del diritto interno alle normative in parola (31 gennaio 2006) è trascorso senza che l'iter di emanazione di detto Codice fosse completato, essendo previsti, dopo l'approvazione del Consiglio dei Ministri, i pareri della Conferenza unificata Stato - Regioni, del Consiglio di Stato e delle commissioni parlamentari.

Non potendosi ancora affermarsi che il diritto interno abbia formalmente recepito, con disposizioni interne ad hoc, le direttive comunitarie sopra citate, occorre riferirsi, quanto all'eventuale applicazione diretta delle medesime, alla giurisprudenza, la quale ha anche di recente (come ad esempio Cass. civ., n. 12716/2004) ritenuto che "in tema di rapporti tra il diritto interno e quello comunitario, secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce, avente effetti vincolanti nell'ordinamento interno, le disposizioni di una direttiva, incondizionate e sufficientemente precise, possono essere fatte valere dianzi ai giudici nazionali, sia che lo Stato non abbia recepito tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale, sia che l'abbia recepita in modo inadeguato, e il giudice nazionale (nella specie: italiano), così come la pubblica amministrazione, è obbligato a non applicare la normativa interna contrastante con una direttiva siffatta (incondizionata e precisa)".

Secondo l'impostazione della Suprema Corte in subiecta materia, occorre ritenere che "secondo la giurisprudenza comunitaria, le direttive non attuate godono di efficacia verticale diretta nell'ordinamento dei singoli Stati membri a condizione che siano incondizionate, sufficientemente precise, e che lo Stato destinatario sia inadempiente" (n. 752/2002; nel medesimo filone interpretativo, cfr. nn. 1099/2000 e 9983/1999).

Si pone dunque un problema di diritto intertemporale, trattandosi di dover individuare quali delle

disposizioni contenute nelle direttive 17 e 18, nelle more del perfezionamento dell'iter di adozione del 'Codice', possano ritenersi direttamente applicabili in quanto 'self executing'.

Appare utile, in questa prospettiva, soffermarsi su una delle più importanti novità contenute nel Codice dei contratti pubblici di appalti, servizi e forniture, vale a dire l'ampliamento della nozione di appalto integrato, in aderenza (va detto, parziale) alla disciplina comunitaria contenuta nell'art. 1, lett. b, della Direttiva 18/2004, secondo il quale "Gli «appalti pubblici di lavori» sono appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice".

L'art. 3, comma 7, di detto 'Codice' (di seguito riportato), determina, per la stazione appaltante, il venir meno di ogni limite nell'affidamento di lavori, servizi o forniture mediante appalto integrato così come definito e disciplinato dalla L. 109/94[2].

Difatti, l'art. 19 della L. 109/94, nella formulazione tuttora vigente, prevede che l'affidamento dei lavori mediante appalto integrato possa avvenire nei seguenti casi:

- a) per i lavori di importo inferiore a 200.000 Euro;
- b) per i lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 60% del valore dell'opera;
- c) per i lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici;
- d) per i lavori di importo pari o superiore a 10 milioni di Euro.

È poi ammesso l'affidamento mediante appalto-concorso sulla base del mero progetto preliminare nonché di un capitolato prestazionale, in seguito a motivata decisione e previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, per speciali lavori o per la realizzazione di opere complesse o ad elevata componente tecnologica, la cui progettazione richieda competenze particolari o la scelta tra soluzioni tecniche differenziate (art. 20, comma 4). Il previsto parere è obbligatorio solo per i lavori di importo superiore ai 25.000.000 di Euro e, a seguito delle modifiche introdotte dalla Legge Merloni-ter (L. 415/98), esso non è vincolante per l'Amministrazione, la quale potrà discostarsi da detto parere sulla base di una motivazione congrua e adeguata.

Come si è accennato, tale disciplina 'restrittiva' in materia di appalto integrato è stata oggetto di revisione da parte del nuovo Codice degli appalti il quale - recependo le definizioni contenute nell'art. 1 della Direttiva comunitaria n. 18/2004 - all'art. 3, comma 7 (nel testo licenziato dal Consiglio dei Ministri) prevede che:

"Gli «appalti pubblici di lavori» sono appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e definitiva e l'esecuzione, relativamente a lavori o opere rientranti nell'allegato I, oppure, limitatamente alle ipotesi di cui alla parte II, titolo III, capo IV, l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante o dall'ente aggiudicatore, sulla base del progetto preliminare della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore".

La relazione di accompagnamento a detto articolo illustra le novità introdotte, specificando che "secondo il diritto comunitario, nella nozione di appalto di lavori rientra non solo l'ipotesi di contratto avente ad oggetto la sola esecuzione di lavori, ma anche l'ipotesi di appalto che ha per oggetto sia la esecuzione che la progettazione di lavori; vi rientra inoltre la c.d. esecuzione con qualsiasi mezzo. Si è tuttavia ritenuto di circoscrivere l'ipotesi dell'esecuzione con qualsiasi mezzo alla sola figura del contraente generale disciplinata nell'ambito del capo relativo ai lavori che riguardano infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi. Il recepimento della nozione comunitaria dell'appalto di lavori comporta il venir meno della terminologia nazionale che parlava di appalto integrato e appalto concorso. Tali ipotesi confluiscono nell'unitaria nozione di appalto di lavori, e vengono liberalizzate rispetto ai casi tassativi in cui sono finora previste".

A nessuno sfugge come la sussistenza dei presupposti indicati dalla giurisprudenza circa la immediata applicabilità delle norme in tema di appalto integrato di cui alla citata Direttiva, implichi l'affermazione della disapplicabilità di quelle restrittive in tema di appalto integrato tuttora contenute nell'ordinamento interno (art. 19, comma 1, lett. b, L. 109/94).

A tale riguardo, non può prescindersi dalla lettura ed interpretazione dell'art. 28, comma 1, della Direttiva in esame, il quale dispone che "per aggiudicare gli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate ai fini della presente direttiva".

Tale norma può dar adito a letture contrastanti, posto che, secondo il suo tenore letterale, fino a quando gli Stati membri non recepiranno i contenuti normativi della Direttiva, gli appalti pubblici potranno essere aggiudicati solo secondo la disciplina interna, la quale, nello specifico, in tema di

appalto integrato, contiene - al momento - ancora le norme limitative cui si è fatto cenno[3]. Siffatta interpretazione sembrerebbe suffragata, peraltro, da quanto esposto dal Legislatore comunitario in sede di considerazioni preliminari nella Direttiva 18/2004 e, precisamente, nella parte del 'considerando' laddove è stato affermato che "vista la diversità che presentano gli appalti pubblici di lavori, è opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici possano prevedere sia l'aggiudicazione separata che l'aggiudicazione congiunta di appalti per l'esecuzione e la progettazione dei lavori. La presente direttiva non è intesa a prescrivere un'aggiudicazione separata o congiunta. La decisione relativa a un'aggiudicazione separata o congiunta dell'appalto deve fondarsi su criteri qualitativi ed economici che possono essere definiti dalle legislazioni nazionali" (n. 9).

A prescindere dal tenore letterale della norma di cui all'art. 28 dianzi richiamato e della considerazione preliminare appena trascritta (alla quale peraltro non può certo riconoscersi valore normativo), e volendo offrire della normativa in tema di appalto integrato emergente dalla Direttiva 18/2004 un'interpretazione sistematica che tenga conto di quanto dettato in via di principio generale dall'art. 1 della medesima Direttiva[4], non può non rilevarsi che il Legislatore comunitario, prima di emanare nuove norme in materia di appalto, ha inteso fornire una definizione di appalto amplissima, tale da ricomprendere non solo la esecuzione, ma anche la progettazione definitiva ed esecutiva (non quella preliminare) dei lavori.

Tale definizione, attesa anche la sua collocazione all'interno della Direttiva[5], a prescindere dal suo valore precettivo (immediato o mediato), offre all'interprete una ormai imprescindibile chiave di lettura della disciplina interna non tempestivamente adeguata a quella comunitaria, essendo inequivocabile indice della chiara e manifesta concezione che l'ordinamento comunitario ha dell'appalto di lavori.

Da questa prospettiva, appare lecito concludere che, nella riscontrata sussistenza dei presupposti richiesti dalla giurisprudenza per l'applicazione diretta di norme comunitarie, la normativa 'limitativa' attualmente vigente in tema di appalto integrato, sebbene non espressamente o tacitamente abrogata, potrà legittimamente esser disapplicata ancor prima della entrata in vigore delle norme di adeguamento di cui all'emanando 'Codice' degli appalti.

--- \*\*\* ---

[1] Si fa riferimento in particolare alla disciplina sull'appalto integrato contenuta nell'art. 19, comma 1, lett. b), legge 109/'94.

In proposito, si ritiene opportuno segnalare quanto affermato dal Presidente della Commissione incaricata della redazione del Codice, Pasquale De Lise, Presidente del TAR Lazio, il quale nell'articolo Presentazione del nuovo Codice degli appalti, in questa Rivista, ha affermato: "quanto al più ampio ricorso all'appalto integrato, la Commissione, nel rispetto della legge delega che impone il recepimento tout court delle direttive, ha proposto la soluzione comunitaria secondo cui l'appalto di lavori può, a scelta della stazione appaltante (che deve essere motivata), avere ad oggetto la sola esecuzione o anche la progettazione (con esclusione, in ogni caso, della progettazione preliminare).

Rispetto all'attuale disciplina, il codice dimostra maggiore rigore in quanto chi concorre ad una gara di esecuzione e progettazione deve avere anche tutti i requisiti di qualificazione prescritti per i progettisti. In ogni caso, la possibilità di un appalto di progettazione ed esecuzione è subordinata alla regola, già contenuta nella legge Merloni e ribadita dal codice, che la progettazione esterna alla stazione appaltante costituisce eccezione rispetto alla regola della progettazione interna".

[2] Appalto avente ad oggetto non solo la esecuzione ma anche la progettazione esecutiva dei lavori.

[3] Quelle di cui alla lettera b, comma 1, art. 19, L. 109/'94.

[4] Rubricato "Definizioni" e costituente l'articolo di apertura del titolo I dedicato a "Definizioni e principi generali".

[5] Cfr. nota precedente.



