

## Articoli e note

n. 5-2007 - © copyright

SERGIO FOA'

### Le disposizioni normative sugli appalti pubblici ed il regime transitorio

#### *Premessa*

Assume particolare complessità lo studio della disciplina applicabile agli appalti pubblici, interessata da un'impressionante successione di norme in arco temporale limitato[1].

Si possono ricordare in modo schematico i seguenti momenti fondamentali: 1 febbraio 2006 quale termine per il recepimento delle direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18 e conseguente efficacia self-executing di parte delle relative disposizioni; 1 luglio 2006 entrata in vigore del d. lgs. n. 163 del 2006, Codice dei contratti pubblici, con abrogazione della previgente disciplina nazionale, ma contestuale ultrattività di alcune delle precedenti disposizioni; 4 luglio 2006 entrata in vigore del d.l. n. 223 del 2006 (c.d. Bersani-Visco), convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248 con abrogazione tacita di alcune disposizioni del Codice - appena entrato in vigore - in materia di incarichi di progettazione, attesa la soppressione dei minimi tariffari per le attività libero professionali ed intellettuali; 12 luglio 2006 entrata in vigore della l. n. 228 del 2006, di conversione del d.l. n. 173 del 2006, c.d. "decreto milleproroghe", che modifica alcune disposizioni del Codice e sospende l'entrata in vigore di alcuni istituti fino al 1 febbraio 2007, facendo rivivere le correlate disposizioni abrogate; 1 febbraio 2007 entrata in vigore del d. lgs. n. 6 del 2007 (noto come "primo decreto correttivo", sic!) che modifica altre disposizioni e proroga la sospensione degli istituti già sospesi alla data del 1 agosto 2007, protraendo per l'effetto la reviviscenza delle disposizioni abrogate.

A tali interventi normativi debbono essere aggiunte le previsioni della l. n. 296 del 2006, legge finanziaria per il 2007, che hanno interessato la verifica dell'anomalia delle offerte ed introdotto il contratto di leasing in costruendo in materia di lavori pubblici. Debbono essere altresì considerate le disposizioni contenute nel c.d. "secondo decreto correttivo" al d. lgs. n. 163 del 2006 destinate, ove accolte, a modificare ulteriormente e sostanzialmente la portata applicativa di istituti innovativi, quali dialogo competitivo e accordi-quadro, e a modificare l'ambito di applicazione della procedura negoziata. Devono infine essere esaminate le numerose leggi regionali, sia antecedenti sia successive alla parziale entrata in vigore del Codice, che continuano a porre questioni sulla ripartizione della competenza normativa e sulla rivendicazione di ambiti di potestà legislativa regionale già sottoposte al vaglio della Corte costituzionale.

Se questo è il quadro normativo di riferimento, le questioni di diritto intertemporale dovrebbero essere risolte, secondo la regola, mediante l'applicazione del principio generale dell'ordinamento "tempus regit actum", che discende dall'art. 11 disposizioni preliminari al codice civile. Il principio opera sul piano sostanziale relativamente all'attività amministrativa procedimentale ed implica l'assoggettamento della disciplina di ciascun fatto alla normativa in vigore al tempo in cui esso si verifica[2]. È nota tuttavia la progressiva assimilazione del procedimento alla vicenda processuale, sì da favorire un'estensione programmatica dello jus superveniens ai rapporti amministrativi pendenti : si è profilata così la possibilità di applicare la regola della perpetuatio della disciplina procedimentale inerente a profili discrezionali dell'azione durante lo svolgimento della funzione amministrativa, limitando l'applicazione dello jus superveniens alle sole norme che attengono a profili meramente formali del procedimento od all'attività amministrativa a contenuto vincolato. Il momento temporale su cui si appunta la perpetuatio sarebbe costituito dall'avvio del procedimento "come momento di isolamento e fissazione pro futuro di un certo statuto disciplinare"[3].

Per garantire continuità normativa tra la vecchia e la nuova disciplina possono essere introdotte norme transitorie, che sospendono l'efficacia della modificazione legislativa o regolamentare per un tempo determinato o per porre rimedio a temporanee esigenze del periodo di transizione, regolando in modo peculiare situazioni o rapporti giuridici : le norme transitorie retroattive o ultrattive derogano in via temporanea al principio *tempus regit actum* ed hanno perciò intrinsecamente connaturato il termine finale di vigenza.

Nella prospettata successione di disposizioni normative in materia di appalti pubblici il quadro risultante pare assai complesso, in ragione della sovrapposizione di una disciplina transitoria alla reviviscenza di norme già abrogate ed applicabili solo laddove compatibili con il sopravvenuto impianto normativo. È possibile prospettare addirittura un "decalogo" di gruppi di disposizioni normative interessanti la materia in esame, distinte per tempo e modalità di entrata in vigore.

### ***1. Precedenti disposizioni regolamentari ultrattive fin dall'entrata in vigore del Codice (in attesa di nuovo regolamento)***

Se si segue l'ordine degli interventi normativi prospettati, si può osservare che già nella versione originaria il Codice prevedeva una particolare disciplina transitoria destinata a protrarsi fino all'entrata in vigore del regolamento attuativo di cui all'art. 5, che deve essere adottato entro un anno dall'entrata in vigore del Codice ed è destinato ad entrare in vigore centottanta giorni dopo la sua pubblicazione. In materia di lavori pubblici, fino a tale data si continuano ad applicare il d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, il d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, e le altre disposizioni regolamentari vigenti che, in base al Codice, dovranno essere contenute nel regolamento attuativo : il problema, di non poco momento, attiene ai "limiti di compatibilità" con il Codice come presupposto che ne subordina l'ultrattività. Quanto al capitolato, fino all'adozione del nuovo capitolato generale, continua ad applicarsi il d.M. 19 aprile 2000, n. 145, se richiamato nel bando.

Oltre all'ultrattività "condizionata" delle predette disposizioni regolamentari, è prevista ab origine dal Codice un'ultrattività fino all'entrata in vigore del regolamento riferita alle disposizioni vigenti in tema di :

- soggetti responsabili per le fasi di progettazione, affidamento, esecuzione dei contratti pubblici (art. 253, comma 6);
- raggruppamenti temporanei (art. 37) che sono ammessi se il mandatario e i mandanti abbiano i requisiti indicati nel d.P.R. n. 554 del 1999, cit., e nel d.P.R. n. 34 del 2000, cit., (art. 253, comma 9);
- criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai fini di attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta (art. 83, comma 5), ove continuano ad applicarsi il d.P.C.M. 13 marzo 1999, n. 117, e il d.P.C.M. 18 novembre 2005, recante "affidamento e gestione dei servizi sostitutivi di mensa", nei limiti di compatibilità con il Codice (art. 253, comma 13);
- ricorso alle aste elettroniche per l'acquisto di beni e servizi con possibilità per le stazioni appaltanti di adottare procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici (art. 85, comma 13), ove si applicano le disposizioni di cui al d.P.R. 4 aprile 2002, n. 101, nei limiti di compatibilità con il Codice (art. 253, comma 14);
- verifica preventiva dell'interesse archeologico in sede di progetto preliminare (art. 95, comma 1), ove continua ad applicarsi l'art. 18 d.P.R. n. 554 del 1999. La disciplina di cui all'art. 95 non si applica alle opere indicate al medesimo articolo per le quali sia già intervenuta l'approvazione del progetto preliminare alla data di entrata in vigore della l. 25 giugno 2005, n. 109 (art. 253, comma 18°);
- criteri per le modalità di verifica dei progetti (art. 112, comma 5), la quale può essere effettuata dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti o per i lavori di importo pari o superiori a 20 milioni di Euro da organismi di controllo accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020 (art. 112, comma 5, lett. a). Gli incarichi di verifica di ammontare inferiore alla soglia comunitaria possono essere affidati a soggetti scelti nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza (art. 253, comma 20);
- lavori in economia (art. 125), che sono disciplinati dal d.P.R. n. 554 del 1999, sempre nei limiti di compatibilità con il Codice; forniture e servizi in economia disciplinati dal d.P.R. 20 agosto 2001, n. 384, anche in questo caso nei limiti di compatibilità con il Codice. Restano altresì in vigore, fino al loro aggiornamento, i provvedimenti emessi dalle singole Amministrazioni aggiudicatrici in esecuzione dell'art. 2, d.P.R. n. 384 del 2001 (art. 253, comma 22, lett. a e b);
- lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi (art. 174), ove i soggetti

aggiudicatori indicano negli atti di gara le disposizioni di cui al d.P.R. n. 554 del 1999, che trovano applicazione in materia di esecuzione, contabilità e collaudo (art. 253, comma 27, lett. m); in tema di requisiti di ordine generale (art. 188), continua ad applicarsi l'art. 17, d.P.R. n. 34 del 2000, cit., e ai fini della dimostrazione dei requisiti di ordine generale per gli imprenditori si tiene conto della qualificazione rilasciata da non oltre cinque anni ai sensi del d.P.R. n. 34 del 2000, cit. (art. 253, lett. n)[4].

## ***2. Precedenti disposizioni legislative e regolamentari ultrattive per reviviscenza, collegata alla sospensione ed al differimento delle nuove disposizioni***

Oggi il primo comma dell'art. 253 del Codice recita : "Fermo restando quanto stabilito ai commi 1-bis e 1-ter dell'art. 253, le disposizioni del Codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore (1 luglio 2006), nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure e ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del Codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte".

Tale versione è il risultato del c.d. decreto milleproroghe[5], che ha esteso alle "procedure" l'ambito di applicazione, e relative limitazioni, delle disposizioni codicistiche, aggiungendo anche all'art. 253 i commi 1-bis e 1-ter, che hanno differito l'entrata in vigore di alcune disposizioni del Codice al 1 febbraio 2007, poi ulteriormente al 1 agosto 2007 a seguito del d. lgs. n. 6 del 2007.

La sospensione disposta dal comma 1-bis comporta per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, nei settori ordinari e speciali, l'applicazione del Codice alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente al 1° agosto 2007 riguardo a :

a) art. 33, in materia di appalti pubblici e accordi quadro stipulati da centrali di committenza. L'entrata in vigore delle disposizione citata è posticipata al 1° agosto 2007 limitatamente alle parti che si riferiscono alle centrali di committenza. È così differita l'entrata in vigore del primo comma dell'art. 33 ("Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori possono acquisire lavori, servizi e forniture facendo ricorso a centrali di committenza, anche associandosi o consorziandosi") e del comma 2° ("Le centrali di committenza sono tenute all'osservanza del presente codice"). Quanto al comma 3° è differita la facoltà delle Amministrazioni aggiudicatarie di affidare la funzione di stazione appaltante a centrali di committenza. È invece applicabile dal 1° luglio 2006 la restante parte dell'art. 33, comma 3, secondo cui "Le Amministrazioni aggiudicatrici e i soggetti di cui all'art. 32, lettere b), c), f), non possono affidare a soggetti pubblici o privati l'espletamento delle funzioni e delle attività di stazione appaltante di lavori pubblici".

b) art. 58, in materia di dialogo competitivo;

c) art. 59, in materia di accordi quadro, limitatamente ai settori ordinari. Si noti che l'istituto era originariamente previsto solo per i settori esclusi (d.lgs. 158/95, art. 16)[6]; poi è stato esteso ai settori ordinari (Dir. 2004/18/CE, art. 32; Codice degli appalti, art. 59); ora è stata nuovamente limitato (sino al 31 luglio 2007) ai settori ordinari.

L'art. 253 comma 1-ter ha disposto analogo differimento, limitato però solo agli appalti di lavori pubblici di qualsiasi importo nei settori ordinari, disponendo l'applicazione alle procedure i cui bandi siano pubblicati successivamente al 1° agosto 2007 delle seguenti disposizioni del Codice:

a) art. 3, comma 7 e art. 53, commi 2° e 3°, in materia di appalti integrati di progettazione ed esecuzione, semplici (progettazione esecutiva ed esecuzione) e complessi (progettazione definitiva in sede di offerta, progettazione esecutiva ed esecuzione). In tali casi ritornerebbe in vigore la ben più angusta disciplina prevista dalla legge Merloni[7];

b) art. 56, in materia di procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara; e art. 57 sulla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, che si applicano alle procedure per le quali l'invito a presentare l'offerta sia inviato successivamente al 1 agosto 2007.

Alla sospensione di alcuni istituti (con correlata reviviscenza delle precedenti disposizioni) non si può annettere l'ipotesi del subappalto affidato all'impresa ausiliaria in caso di avvilimento. In effetti il c.d. primo decreto correttivo, d. lgs. n. 6 del 2007, ha abrogato la lettera b del comma 1-bis dell'art. 253, che prorogava al 1 febbraio 2007 l'entrata in vigore della disposizione di cui all'art. 49, comma 10, in materia di esecuzione del contratto nell'ipotesi dell'avvalimento. Non solo in tal caso non v'è stata ulteriore proroga al 1 agosto 2007 come le altre disposizioni sopra richiamate, ma anzi è stato abrogato il differimento dell'entrata in vigore dell'art. 49, comma 10, che è stato modificato ed è entrato in

vigore in tale versione il 1 febbraio 2007. L'ipotesi riguarda la possibilità, ora ammessa, dell'impresa ausiliaria che presta i requisiti di eseguire le prestazioni a favore dell'impresa ausiliata: dal punto di vista del "decalogo" in esame, si tratta di un'ipotesi di entrata in vigore posticipata e modificata rispetto alla versione originaria (infra, sub 5).

### ***3. Disposizioni retroattive applicabili ai contratti in corso all'entrata in vigore del Codice***

L'art. 253 comma 19 prevede che le disposizioni di cui all'art. 113, commi 3, 4 e 5, relative alle garanzie fidejussorie si applicano, quanto ai contratti relativi a lavori, anche ai contratti in corso[8]; le disposizioni del citato comma 3 dell'art. 113 si applicano inoltre anche ai contratti di servizi e forniture in corso di esecuzione, affidati anteriormente alla data di entrata in vigore del presente codice, ove gli stessi abbiano previsto garanzie di esecuzione[9].

Prevede una retroattività regolata a data certa, con disciplina differenziata degli effetti invalidanti, l'art. 253, comma 23, a mente del quale in relazione alla disciplina dei piani di sicurezza[10] la nullità riguarda i contratti previsti dall'art. 131, stipulati dopo l'entrata in vigore del d.P.R. 3 luglio 2003, n. 222, senza i prescritti piani di sicurezza; i contratti di appalto o concessione, in corso alla data di entrata in vigore del d.P.R. 3 luglio 2003, n. 222, se privi del piano operativo di sicurezza di cui alla lettera c) del comma 2 dell'articolo 131, sono annullabili qualora non integrati con i piani medesimi entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del citato decreto.

### ***4. Disposizioni ad entrata in vigore "graduale"***

L'esempio più evidente è rappresentato dall'art. 253, comma 12 che, con riferimento alle regole applicabili alle comunicazioni, prevede un periodo transitorio di tre anni dalla data di entrata in vigore del codice, durante il quale le stazioni appaltanti non richiedono agli operatori economici l'utilizzo degli strumenti elettronici quale "mezzo esclusivo di comunicazione". Ciò significa, se ben inteso, che le previsioni di cui all'art. 77 saranno applicate con modalità differenti nel primo triennio e consentiranno una piena applicazione, in punto comunicazioni elettroniche ivi previste, solo per il periodo successivo.

### ***5. Disposizioni entrate in vigore successivamente all'entrata in vigore del Codice in versione modificata***

Il primo decreto correttivo ha evitato di prorogare al 1 agosto 2007 le disposizioni sul subappalto affidato all'impresa ausiliaria, modificando direttamente, con entrata in vigore al 1 febbraio 2007, il testo dell'art. 49, comma 10, che oggi ferma il principio secondo cui il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, ma ammette che l'impresa ausiliaria possa assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati[11]. La previsione di tale ipotesi è legata allo svilimento che l'istituto dell'avvalimento soffrirebbe ove non si consentisse la partecipazione dell'impresa ausiliaria all'esecuzione dell'appalto, posto che la fattispecie si ridurrebbe ad un mero prestito di requisiti : in tal senso si è appunto espresso il Consiglio di Stato con il parere reso sullo schema del primo decreto correttivo, che ha richiamato una informale censura mossa a proposito dal Servizio legale della Commissione Europea[12].

Le altre novità sono state introdotte dal primo decreto correttivo con efficacia dal 1 febbraio 2007 ed attengono alla possibilità che il responsabile unico del procedimento non sia un dipendente di ruolo (nuovo art. 10, comma 5 del Codice) e le nuove forme di pubblicità per i bandi relativi a lavori di importo tra i 500.000 euro e la soglia comunitaria, per i quali è ora prevista anche la pubblicazione su un quotidiano a maggiore diffusione locale nel luogo dove si eseguono i lavori (nuovo testo dell'art. 122, comma 5 del Codice).

Sono altresì state modificate le disposizioni sulla valutazione dell'anomalia dell'offerta per effetto della l. n. 296 del 2006, finanziaria per l'anno 2007, che ha introdotto il comma 3-bis dell'art. 86 del Codice, che così dispone : "Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione, nei casi previsti dalla normativa vigente, dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizio e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore

economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro come determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione". La stessa legge ha aggiunto il comma 4-bis all'art. 87, che recita : "Nell'ambito dei requisiti per la qualificazione di cui all'articolo 40 del presente decreto, devono essere considerate anche le informazioni fornite dallo stesso soggetto interessato relativamente all'avvenuto adempimento, all'interno della propria azienda, degli obblighi di sicurezza previsti dalla vigente normativa". Le novità attendono dunque l'applicazione che discenderà dalla approvazione delle tabelle da parte del Ministero del lavoro.

#### ***6. Disposizioni ad entrata in vigore differita fin dalla versione originaria del Codice***

L'efficacia decorre da un anno dall'entrata in vigore del Codice per le disposizioni in tema di obblighi di comunicazione all'Autorità di Vigilanza (art. 6, comma 9, lett. a) e dell'Osservatorio (art. 7, comma 8), che riguardano servizi e forniture, e per le disposizioni sull'accordo bonario per forniture e servizi (art. 240)[13].

Per i lavori invece la disciplina del Codice sugli obblighi di comunicazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici e sull'accordo bonario è entrata in vigore nel termine ordinario (1 luglio 2006), attesa la coincidenza tra tale disciplina e quella già vigente in materia di lavori pubblici[14].

Altra proroga originaria attiene alla disposizione in materia procedura ristretta semplificata per gli appalti di lavori : le relative disposizioni (art. 129) si applicano a far data dalla formazione dell'elenco annuale per l'anno 2007; per gli elenchi relativi all'anno 2006 e le relative gare, continua ad applicarsi l'articolo 23 della legge n. 109 del 1994[15].

Nella categoria di disposizioni in esame possono rientrare anche le disposizioni ad entrata in vigore differita fin dalla versione originaria del Codice ma non coordinate con le modifiche successive. Tra queste le disposizioni relative all'istituzione con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di un apposito ruolo del personale dipendente dell'Autorità di Vigilanza (art. 8, comma 6), che hanno efficacia a decorrere dal 1 agosto 2007[16]. Tale differimento è frutto del duplice intervento del c.d. decreto mille proroghe e del primo decreto correttivo. Tuttavia, in attuazione dell'art. 8, comma 6 del Codice, che prevede la formazione di un apposito ruolo per il personale dell'Autorità, è già stata approvata la pianta organica dell'Autorità dei lavori pubblici con d.P.C.M. 2 maggio 2006[17]. L'efficacia di tale decreto è stata sospesa sino al 31 gennaio 2007[18], in conseguenza della proroga al 1 febbraio 2007 dell'efficacia dell'art. 8, comma 6, del Codice. L'ulteriore proroga al 1 agosto dell'entrata in vigore di tale ultima disposizione non è stata seguita da un decreto che prorogasse l'efficacia della pianta organica dell'Autorità dei lavori pubblici al 31 luglio 2007; sicché esiste la pianta organica riferita a tale ruolo, prevista dal d.P.C.M. 2 maggio 2006 ed efficace dal 1 febbraio 2007, ma è stata differita l'istituzione dello stesso ruolo.

#### ***7. Disposizioni ad entrata in vigore differita e "minacciata" dalle previsioni del c.d. secondo decreto correttivo***

Si è visto sopra, sub 2, che alcuni istituti a recepimento facoltativo, quali dialogo competitivo ed accordo quadro, sono stati sospesi, forse proprio per la complessità acquisita in sede di recepimento delle direttive comunitarie.

L'ambito applicativo di tali istituti sarà drasticamente ridotto ove entrasse in vigore il c.d. secondo decreto correttivo al Codice nella versione approvata dal Consiglio dei Ministri il 25 gennaio 2007. Al comma 1 dell'art. 58 verrebbe aggiunta la previsione secondo cui "il ricorso al dialogo competitivo per lavori, ad esclusione dei lavori di cui alla parte II, titolo III, capo IV, è consentito solo previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici". Tale parere diverrà quindi obbligatorio con l'unica eccezione degli incarichi di progettazione. Non solo: al comma 5 dello stesso art. 58 si prospetta l'inserimento delle parole "ove possibile", che impone alle stazioni appaltanti una maggiore determinatezza in ordine alla fattibilità ed alla necessità di utilizzare tale strumento di scelta del contraente.

Riguardo agli accordi-quadro, l'art. 59, comma 1 sarebbe così sostituito : "le stazioni appaltanti possono concludere accordi-quadro. Per i lavori, gli accordi quadro sono ammessi esclusivamente in relazione ai lavori di manutenzione. Gli accordi quadro non sono ammessi per la progettazione e per gli altri servizi di natura intellettuale". Ne conseguirebbe un evidente forte restrizione in materia di lavori e la eliminazione del rinvio al regolamento per individuare in quali casi progettazione e servizi intellettuali potessero assumere i connotati di serialità e di modalità standardizzate ai fini dell'assoggettamento ad accordo quadro.

#### ***8. Disposizioni applicabili alle procedure avviate tra il 1 luglio ed il 12 luglio 2006***

Per le procedure i cui bandi o inviti a offrire siano stati pubblicati nel periodo compreso tra il 1 luglio e il 12 luglio 2006 si può ricordare l'art. 1- octies, comma 2°, primo periodo, d.l. n. 173 del 2006 (c.d. milleproroghe), a mente del quale "restano disciplinate dalle disposizioni alle stesse applicabili alla data di pubblicazione dei relativi bandi o avvisi ovvero a quella di invio degli inviti" così delineando una clausola di salvezza dei bandi pubblicati nel periodo (di dodici giorni) tra l'entrata in vigore del Codice e il differimento dell'efficacia di alcune sue norme. Conseguisce per tali procedure la mancata sospensione degli istituti sopra esaminati al secondo paragrafo e la mancata reviviscenza delle precedenti disposizioni legislative e regolamentari rese ultrattive per correlazione.

V'è da ricordare, come notato in premessa, che in data 4 luglio è comunque entrato in vigore il c.d. decreto Bersani e, per l'effetto, sono state implicitamente abrogate alcune disposizioni del Codice sugli incarichi di progettazione (art. 92, commi 2 e 4 e art. 164, comma 7) che, per l'effetto, sono rimaste applicabili solo dal 1 al 4 luglio 2006.

#### ***9. Abrogazioni implicite di disposizioni codicistiche ad opera di interventi normativi successivi***

Il divieto di ribasso d'asta sull'ammontare delle spese di progettazione di cui all'ultimo periodo dell'art. 53, comma 3, del Codice deve intendersi soppresso dall'art. 2, comma 1, lett. a), legge n. 248 del 2006. Così anche i già ricordati art. 92, commi 2 e 4 e art. 164, comma 7 sugli incarichi di progettazione. Ne consegue un superamento della previsione di cui all'art. 253, comma 17, dello stesso Codice, laddove prevede che fino all'emanazione del decreto di cui all'articolo 92, comma 2, continua ad applicarsi quanto previsto nel decreto del Ministro della giustizia del 4 aprile 2001, attesa la intervenuta soppressione dei minimi tariffari[19].

Sul tema è intervenuta l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture con determinazione recante "Indicazioni sull'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e della legge 4 agosto 2006, n. 248" [20]. Alcuni Ordini professionali avevano rilevato l'inapplicabilità della abolizione dei minimi inderogabili delle tariffe professionali, disposta dall'articolo 2, della legge n. 248/06, agli appalti rientranti nell'ambito applicativo del D.lgs. 163/2006. Le stazioni appaltanti avevano rappresentato difficoltà applicative in relazione alle modalità di valutazione delle offerte anomale e chiesto chiarimenti circa la possibilità di continuare ad applicare agli affidamenti in questione il comma 12-bis, dell'articolo 4, del decreto legge 2 marzo 1989 n. 65, convertito con modificazioni dalla legge 26 aprile 1989, n. 155, che consente di ribassare i corrispettivi minimi fino al 20%, segnalando, inoltre, gli elevati ribassi registrati nelle prime gare effettuate applicando la suindicata nuova normativa. L'Autorità ha precisato che le disposizioni di cui all'articolo 91 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 2 della legge n. 248 del 2006 disciplinano in modo confliggente il regime dei corrispettivi per le attività libero professionali ed intellettuali ma, poiché le due fonti normative citate sono di pari grado, ma emanate in momenti diversi, detta antinomia deve essere risolta ricorrendo al criterio cronologico previsto dall'art. 15 delle disposizioni preliminari del Codice civile, dalla cui applicazione deriva che l'art. 2, d.l. 223 del 2006, convertito nella l. n. 248 del 2006, prevale sulle norme contenute nel D.lgs. 163/2006 per sopravvenuta regolamentazione della materia già disciplinata da fonte anteriore[21]. L'Autorità di vigilanza ha quindi chiarito che l'abrogazione dell'obbligatorietà dei minimi tariffari disposta dall'articolo 2, della legge 248/2006, si applica anche agli affidamenti di servizi di ingegneria ed architettura disciplinati dal D.lgs. 163/2006; sono da considerarsi implicitamente abrogate le seguenti disposizioni del decreto legislativo 163/2006: l'ultimo periodo del comma 2, dell'art. 92, il comma 4, dell'art. 92 e l'ultimo periodo del comma 3, dell'art. 53; le stazioni appaltanti possono legittimamente determinare il corrispettivo a

base d'asta utilizzando il D.M. 4 aprile 2001, attualmente in vigore; non ha rilievo la norma richiamata dal comma 12 bis, dell'articolo 4, del decreto legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito con modificazioni dalla legge 26 aprile 1989, n. 155; i servizi tecnici di importo stimato inferiore a 100.000 euro possano essere affidati dalle stazioni appaltanti ai sensi dell'articolo 91, comma 2, del Codice, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e secondo la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, previa selezione di almeno cinque operatori economici da consultare se sussistono in tale numero soggetti idonei; al riguardo si rinvia anche alle indicazioni formulate dalla stessa Autorità con la determinazione 19.1.2006, n. 1; per i servizi tecnici di importo inferiore a 20.000 euro le stazioni appaltanti possono procedere mediante affidamento diretto, ai sensi del combinato disposto degli articoli 91, comma 2 e 125, comma 11, del Codice, previa indicazione dei servizi tecnici nel regolamento interno per la disciplina dell'attività contrattuale in economia.

Sul tema è anche intervenuta la più recente giurisprudenza amministrativa, intesa a porre limiti a ribassi eccessivi e a utili soltanto simbolici, sollecitando le amministrazioni ad operare verifiche di affidabilità. Anche se è vero che esiste un orientamento prevalente nel senso di ritenere che un utile di impresa esiguo non denota di per sé l'inaffidabilità dell'offerta economica[22], è altrettanto vero che l'utile non può ridursi ad una cifra meramente simbolica[23]. Con un utile simbolico, in certi casi assorbito quasi del tutto dalle tasse, a volte è sufficiente che si verifichi un qualsiasi piccolo inconveniente, durante l'esecuzione del contratto, perché l'utile stesso si trasformi in una perdita. In verità utilizzando la procedura della verifica delle offerte anomale, nei servizi di ingegneria, in riferimento agli eccessivi ribassi, si sta diffondendo, la motivazione secondo cui gli alti ribassi sono giustificati con la volontà di penetrare sul mercato che pur essendo legittima in astratto, non può produrre prestazioni sottocosto vietate dall'ordinamento comunitario al pari delle restrizioni della concorrenza. Il più recente orientamento giurisprudenziale non conviene con tale tesi anche perché un ribasso tale da provocare un annullamento dell'utile, anche se compensato dalla finalità di acquisire esperienza professionale, non sarebbe sufficiente perché contrastante con l'interesse del committente pubblico che deve poter contare sulla regolare esecuzione del servizio.

### *10. Abrogazioni implicite delle leggi regionali antecedenti*

La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, aveva chiesto nella seduta del 3 agosto 2006 l'inserimento nel testo del primo decreto correttivo di una disposizione di carattere transitorio, in attesa di ulteriori interventi modificativi sul decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, così formulata: "Fino alla data di entrata in vigore del decreto legislativo correttivo ed integrativo del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, da adottarsi d'intesa con la Conferenza Unificata, si applicano, anche in deroga all'art. 4 del citato decreto legislativo n. 163 del 2006, le disposizioni normative delle Regioni e delle Province autonome in materia di appalti di lavori, servizi e forniture concernenti la stipulazione e l'approvazione dei contratti, il responsabile unico del procedimento, la pubblicazione dei bandi e le procedure di affidamento degli appalti d'importo alla soglia comunitaria, se non in contrasto con la normativa comunitaria".

Il Consiglio di Stato ha espresso parere contrario per la considerazione di fondo che la stessa tocca una problematica (quella, cioè del rapporto tra la normazione statale e la disciplina regionale nella materia) della quale lo schema di decreto correttivo in esame non ha inteso mutare alcunché rispetto a quanto definito con il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche all'esito delle valutazioni già espresse dallo stesso Collegio, in occasione del parere reso all'esito dell'Adunanza del 6 febbraio 2006. In particolare il Consiglio di Stato ha ribadito che nei contratti al di sotto della soglia comunitaria compete allo Stato la fissazione di comuni principi, che assicurino trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione e che la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto la legittimità dell'applicabilità alle Regioni dei principi desumibili dalla normativa nazionale di recepimento della disciplina comunitaria, là dove impongono la gara, fissano l'ambito soggettivo ed oggettivo di tale obbligo, limitano il ricorso alla trattativa privata e collegano alla violazione dell'obbligo sanzioni civili e forme di responsabilità (Corte cost. n. 345 del 2004). In ogni caso, appare opportuno soprassedere ad eventuali modificazioni dell'art. 4 del codice, come pure del successivo art. 5, in attesa di conoscere le decisioni della Corte costituzionale sui ricorsi di legittimità costituzionale che, in relazione a dette norme, sono stati recentemente proposti dalle Regioni Piemonte, Lazio e Abruzzo»[24].

Anche la più recente giurisprudenza amministrativa e l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici si

sono attestati su tale posizione. Sotto il primo profilo, il T.a.r. Puglia ha affermato che "non è rilevante ai fini della decisione stabilire se i lavori oggetto del presente appalto siano o meno (ed eventualmente in che misura) finanziati dalla Regione Puglia, non essendo comunque applicabile l'art. 17-bis della L.R. n. 13/2001. Tale norma, infatti, deve essere ritenuta implicitamente abrogata per incompatibilità dal cd. Codice degli appalti pubblici; il Codice degli appalti contiene disposizioni inderogabili da parte delle Regioni per quanto concerne le materie di cui all'art. 4, comma 3 (...). Tali disposizioni vanno considerate di esclusiva pertinenza statale in ragione di quanto disposto dall'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., trattandosi di prescrizioni inerenti la tutela della concorrenza; in effetti, le norme in materia di partecipazione alle gare ad evidenza pubblica e di selezione dei concorrenti pertengono alla tutela della concorrenza, essendo possibile introdurre ulteriori limitazioni al diritto di libera iniziativa economica solo in sede di singole gare e sempre che ciò sia giustificato dall'oggetto dell'appalto. A riprova di quanto appena detto, è sufficiente richiamare la recentissima sentenza della Corte Costituzionale 22.12.2006, n. 440 (con la quale è stata dichiarato incostituzionale l'art. 25 della l. r. Valle d'Aosta n. 19 del 2005 nella parte in cui stabilisce che, nell'affidamento di LL.PP. di interesse regionale mediante procedura ristretta, qualora, per gli appalti di valore pari o inferiore alla soglia di 1.200.000 euro, i candidati qualificati siano in numero superiore a quello previsto dal bando, fra i criteri ai quali l'amministrazione appaltante deve attenersi per operare la selezione di ingresso dei due terzi dei candidati alla licitazione, vi è quello della migliore idoneità di localizzazione), in cui la Consulta ha ribadito, anche se in relazione ad un profilo specifico (ossia, l'illegittimità della previsione di un criterio di selezione delle imprese basato sulla localizzazione delle stesse) diverso da quello oggetto del presente giudizio, che le Regioni non possono disciplinare in maniera contrastante con legislazione statale la fase di ammissione, selezione ed esclusione dei concorrenti nelle gare ad evidenza pubblica; (...) pertanto, poiché l'art. 17-bis della L.R.n. 13/2001 detta una disciplina del tutto opposta a quella statale, si deve ritenere la norma de qua implicitamente abrogata, in forza del principio in tema di successione di leggi nel tempo secondo cui la legge posteriore abroga quella previgente, anche implicitamente, combinato con il principio di competenza (che nel caso di specie opera in favore della legge statale)" [25].

Con particolare riferimento all'istituto del subappalto si è espressa l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici che ha ricordato le pronunce della Corte Costituzionale n. 482/1995, n. 345/2004 e n. 336/2005, secondo le quali la tutela del principio della concorrenza si interseca con gli obiettivi posti dalle Direttive comunitarie, tese a garantire agli operatori economici analoghe modalità di aggiudicazione degli appalti, con la conseguenza di ammettere un più incisivo intervento del legislatore statale: non è pertanto possibile l'esercizio decentrato di potestà normative con riferimento a quegli ambiti appartenenti al cd. nucleo essenziale del Codice dei contratti, tra i quali rientra il subappalto[26]. La richiamata pronuncia della Corte Costituzionale n. 345/2004 ha chiarito che "le procedure ad evidenza pubblica hanno assunto un rilievo fondamentale per la tutela della concorrenza tra i vari operatori economici interessati alle commesse pubbliche. Viene in rilievo, a questo proposito, la disposizione di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, secondo la quale spetta allo Stato legiferare in via esclusiva in tema di tutela della concorrenza. Al riguardo la giurisprudenza di questa Corte (sentenze nn. 14 e 272 del 2004) ha posto in evidenza che si tratta di una competenza trasversale, che coinvolge più ambiti materiali, si caratterizza per la natura funzionale (individuando, più che degli oggetti, delle finalità in vista delle quali la potestà legislativa statale deve essere esercitata) e vale a legittimare l'intervento del legislatore statale anche su materie, sotto altri profili, di competenza regionale. Peraltro la stessa giurisprudenza ha chiarito che l'intervento del legislatore statale è legittimo se contenuto entro i limiti dei canoni di adeguatezza e proporzionalità." In base a quanto sopra riportato, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha stabilito che le disposizioni di cui all'art. 4 del d. Lgs. n. 163 del 2006 e gli assunti enunciati dalla Suprema Corte, conducono a ritenere l'efficacia erga omnes della disciplina statale in materia di subappalto, rientrante nella potestà legislativa esclusiva dello Stato.

Ciò non toglie che l'orientamento prevalente a livello regionale continui a difendere fortemente una propria sfera di competenze normative, ritenendo che il richiamo all'art. 117 Cost. non consumi la potestà legislativa regionale: ciò sia nelle Regioni a Statuto speciale (Sicilia e Friuli Venezia Giulia) sia in quelle ad autonomia ordinaria, che hanno provveduto ad elaborare linee guida sul coordinamento tra le leggi regionali in materia di lavori pubblici di interesse regionale ed il Codice dei contratti. Da ultimo si segnala il disegno di legge approvato il 16 aprile 2007 dalla Giunta regionale del Piemonte.

La posizione rivendicativa delle Regioni è stata nuovamente manifestata con il parere negativo espresso dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome con riferimento al secondo decreto correttivo

del Codice, cui si è accompagnata la richiesta revisione delle competenze previste dall'art. 4. Le Regioni hanno chiesto di anticipare l'esame della questione senza attendere la pronuncia della Corte costituzionale, attesa per il 23 ottobre 2007. Oltre alla revisione delle competenze, le Regioni hanno chiesto la riscrittura del regolamento di attuazione del Codice stesso, includendo nel procedimento di approvazione il parere della Conferenza; le regioni contestano, anche, le correzioni relative alla procedura negoziata.

Altra questione, destinata ad aggravare il problema di coordinamento tra fonte statale e fonti regionali, attiene al tema della sicurezza sul lavoro. La materia, richiamata dall'art. 4, comma 2, del Codice attiene all'ambito di competenza concorrente; laddove allo Stato è riservata la disciplina sulla qualificazione e quella dei piani di sicurezza. Il secondo decreto correttivo intende tuttavia affidare alla disciplina del regolamento di attuazione del Codice la "tutela dei lavoratori" e parallelamente il Governo ha appena approvato lo schema di d.d.l. recante "Delega al Governo per l'emanazione di un testo unico per il riassetto normativo e la riforma della salute e sicurezza sul lavoro". All'art. 1, comma 2, lett. r) di tale d.d.l. è prevista la revisione della normativa in materia di appalti pubblici prevedendo misure dirette a : migliorare l'efficacia della responsabilità solidale tra appaltante ed appaltatore ed il coordinamento degli interventi di prevenzione dei rischi, con particolare riferimento ai subappalti, anche attraverso l'adozione di meccanismi che consentano di valutare l'idoneità tecnico-professionale delle imprese pubbliche e private considerando il rispetto delle norme relative alla salute e alla sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, quale elemento vincolante per la partecipazione alle gare relative agli appalti e subappalti pubblici e per l'accesso ad agevolazioni, finanziamenti e contributi a carico della finanza pubblica; nonché misure intese a modificare il sistema di assegnazione degli appalti pubblici al massimo ribasso, al fine di garantire che l'assegnazione non determini la diminuzione del livello di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

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

[1] La cui portata conduce a formulazioni improprie del testo legislativo in ordine alla successione delle fonti regolatrici : significativa la confusione sottesa all'art. 256 comma 3 del Codice, laddove afferma "Sono o restano abrogati (...) tutti gli speciali riti processuali (...)".

[2] Cons. St., Sez. VI, 12 maggio 2004, n. 2984, in Foro Amm.- CdS, 2004, 1458; Id., Sez. IV, 21 agosto 2003, n. 4679, in Foro Amm.- CdS, 2003, 2219; Id., 2 aprile 2002, n. 1815, in Foro Amm.- CdS, 2002, 878. Cfr. G. Morbidelli, in AA.VV. (a cura di), Diritto amministrativo, Bologna, 2005, 592.

[3] G.D. Comporti, *Tempus regit actionem*, Torino, 2001, passim, ma spec. 68 ss.; A. Faccon, Note in tema di silenzio-inadempimento e diritto intertemporale, in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com), 28 marzo 2007.

[4] Per una completa ricognizione delle disposizioni del Codice ultrattive fino all'entrata in vigore del regolamento, R. Cavallo Perin, *Ricostruzione della disciplina transitoria contenuta negli artt. 253 e 256 del Codice degli appalti, Complemento normativo alla relazione*, Milano, 22 marzo 2007.

[5] Art. 1-octies, d.l. n. 173 del 2006, convertito in l. n. 228 del 2006.

[6] Su cui D. Galli e C. Guccione, *L'istituto dell'accordo quadro nel decreto legislativo 17 marzo 1995*, n. 158, in Riv. amm. Rep. It., 1996, I, 16.

[7] Lavori di importo inferiore a 200.000 euro o superiore a 10.000.000 euro oppure lavori con prevalenza della componente impiantistica e tecnologica; lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici. A. Mascolini, *L'appalto integrato*, in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2003, 549 ss.

[8] Sulla necessità di un'indicazione esplicita di retroattività, in particolare F. Satta, *Irretroattività degli atti normativi*, in Enc. giur., 1989, vol. XVII, secondo il quale "la volontà retroattiva deve essere espressa : non può cioè dedursi in via di interpretazione. In quanto deve essere espressa deve anche contenere la esplicita indicazione dei fatti pregressi cui deve riferirsi".

[9] Art. 113, co. 3 : La garanzia fideiussoria di cui al comma 1 è progressivamente svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione, nel limite massimo del 75 per cento dell'iniziale importo garantito. Lo svincolo, nei termini e per le entità anzidetti, è automatico, senza necessità di benestare del committente, con la sola condizione della preventiva consegna all'istituto garante, da parte dell'appaltatore o del concessionario, degli stati di avanzamento dei lavori o di analogo documento, in originale o in copia autentica, attestanti l'avvenuta esecuzione. L'ammontare residuo, pari al 25 per cento dell'iniziale importo garantito, è svincolato secondo la normativa vigente. Sono nulle le eventuali pattuizioni contrarie o in deroga. Il mancato svincolo nei quindici giorni dalla consegna degli stati di

avanzamento o della documentazione analoga costituisce inadempimento del garante nei confronti dell'impresa per la quale la garanzia è prestata.

[10] Art. 131, co. 5 : I contratti di appalto o di concessione, se privi dei piani di sicurezza di cui al comma 2, sono nulli.

[11] Comma così modificato dall'art. 2 del d.lgs. n. 6 del 2007, cit.

[12] R. Mangani, Avvalimento e subappalto, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 26 marzo 2007; M. Greco, Ancora sui rapporti tra avvalimento e subappalto nei II.pp. dopo la modifica dell'art. 49 comma 10 del codice dei contratti, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it), 23 aprile 2007.

[13] Art. 257, comma 2, del Codice.

[14] Art. 4, commi 6 e s. l. 11 febbraio 1994, n. 109 riguardo agli obblighi di comunicazione all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici; art. 31-bis l. n. 109 del 1994 e art. 149 d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 riguardo all'accordo bonario.

[15] Art. 257, comma 3, del Codice.

[16] Art. 257, comma 2-bis, del Codice.

[17] Gazz. Uff. 18 maggio 2006, n. 114.

[18] d.P.C.M. 23 giugno 2006, Gazz. Uff. 8 agosto 2006 n. 183.

[19] Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 96 del 26 aprile 2001.

[20] Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, determinazione 29 marzo 2007 n. 4, in [www.autoritalavoripubblici.it](http://www.autoritalavoripubblici.it).

[21] Una prima conferma può essere rilevata in giurisprudenza : T.A.R. Marche, 19 luglio 2006, n. 632, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

[22] Cons. Stato, IV, n. 882/2002; T.A.R. Lazio, III, n. 7338/2004; T.A.R. Lazio, I-bis, n. 6200/2006; nonché la recente ordinanza del T.A.R. Puglia, Lecce, 20 gennaio 2007, n. 51, con la quale il Tribunale ha ritenuto che il concorrente non può essere escluso allorché lo scostamento fra l'offerta economica presentata da un concorrente e il costo reale dell'appalto sia comune assorbibile dall'utile d'impresa, di modo che l'offerta nel suo complesso risulti comunque affidabile.

[23] T.A.R. Puglia, Lecce, 2 aprile 2007 n. 1398, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

[24] Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere 28 settembre 2006, n. 3641. L. Bellagamba, Il codice dei contratti e le normative regionali, in rete <http://www.linobellagamba.it/index.asp?pag=2>

[25] T.A.R. Puglia, Lecce, II, 26 gennaio 2007, n. 178, su cui M. Smurra, L'abrogazione implicita delle discipline regionali sugli appalti in contrasto con il Codice dei contratti pubblici, in *Federalismi*, 4 aprile 2007.

[26] Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, deliberazione 29 marzo 2007, n. 88, in [www.autoritalavoripubblici.it](http://www.autoritalavoripubblici.it).

[Stampa il documento](#)

