

SENATO DELLA REPUBBLICA

————— XIV LEGISLATURA —————

N. 506

DISEGNO DI LEGGE

**d’iniziativa dei senatori VALDITARA, BATTAGLIA Antonio,
BONGIORNO, MENARDI, MASSUCCO, KAPPLER, CURTO,
RAGNO, MAGNALBÒ, SCARABOSIO, ZAPPACOSTA, DELOGU,
MALAN, CONSOLO, BALBONI, GRILLOTTI e BOBBIO Luigi**

COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 19 LUGLIO 2001

Modifiche alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive
modificazioni, in adeguamento ai valori di autonomia,
responsabilità, discrezionalità e buon andamento della pub-
blica amministrazione

ONOREVOLI SENATORI. -

I. - La legislazione nazionale in materia di lavori pubblici si è andata progressivamente modificando e stratificando sino alla odierna configurazione, corrispondente al testo vigente della legge 11 febbraio 1994, n. 109.

La filosofia, a cui si ispira la normativa della citata legge è quella di una regolamentazione iperdettagliata: massimizzare i percorsi obbligati e minimizzare la discrezionalità.

Questa concezione ha radici di varia natura, sia lontane sia recenti:

- sul terreno ideologico opera da tempo, sullo sfondo, la concezione che considera la massimizzazione delle regole come un bene in sè, in quanto corrispondente a maggiore razionalità;

- sul terreno istituzionale (e giuridico) si è diffuso recentemente l'argomento secondo cui regole sempre nuove e ulteriori (o, addirittura, nuovi sistemi di regole) costituiscono oggi, per il nostro paese, un pedaggo permanente per garantire nel tempo il precario ma ambito risultato del «restare in Europa» (dopo aver pagato altri analoghi pedaggi per «entrare»);

- sul terreno tecnico-politico, recentemente e contingentemente, si è aggiunto il giudizio secondo cui l'incremento delle regole costituirebbe un argine contro i fenomeni di corruzione.

Questo concorso di fattori e di argomenti ha dunque incrementato i fenomeni di normazione: tante regole, e di dettaglio.

Si tratta, in verità, di argomenti deboli.

Per quanto riguarda il piano ideologico, oggi non si può fare a meno di prendere atto che la modellazione minuziosa di un or-

dine perfetto ha perso il suo potere di seduzione. La cultura delle libertà ha preso la sua rivincita e, nonostante inerzie ancora notevoli, sta recuperando spazi viepiù estesi. Anche per quanto riguarda specificamente l'attività della pubblica amministrazione (come è il caso, per l'appunto, di una normativa avente ad oggetto i lavori pubblici), appaiono ormai chiari alcuni inconvenienti generali di ogni logica di iper-regolamentazione, tra cui segnatamente:

vengono mortificati valori primari che, riferiti al tema in questione, si specificano come valori di autonomia, responsabilità, discrezionalità nell'azione amministrativa;

si pongono premesse distorsive dei risultati (conformi magari a regole astratte, ma sovente inadeguati in rapporto alle situazioni); quindi, a livello di attività amministrativa, si configura un pericolo grave per i principi di buon andamento e di efficacia.

Per quanto riguarda poi il profilo istituzionale (rapporto con l'Europa) anche in questo caso ci si trova dinnanzi a un argomento più retorico che tecnico. Capita infatti, talvolta, che le lamentele nei confronti della «Europa dei regolamenti», e così pure le lamentele nei confronti delle «burocrazie europee», siano superiori rispetto ai pur consistenti motivi di perplessità. Il fatto è, invece, che il nostro paese, ormai da circa un decennio, si va distinguendo per andare ben oltre quanto richiesto dal processo di integrazione. Si tratta, quindi, non di un «effetto Europa», ma di una «occasione Europa» che il legislatore nazionale (tramite provvedimenti di governi a dominanza di sinistra) non si è lasciato sfuggire per celare i propri eccessi dietro a un falso richiamo a doveri di adeguamento.

Per quanto attiene, inoltre, al piano tecnico-politico, è parimenti debole la presunzione che vede l'incremento e la minuziosità delle regole come strumento idoneo ad arginare la corruzione. Se in una nazione manca la condivisione di valori, se manca una formazione adeguata, se manca un sentire comune a cui ripugni la corruzione (e a cui non manchi la capacità di reagire prontamente ai tentativi di concussione), se manca la certezza e la rapidità del sistema sanzionatorio, allora potrà persino accadere che la iper-regolamentazione produca effetti opposti: cosicché ne derivi, da un lato, l'occultamento di meccanismi devianti, protetti entro la spersonalizzazione delle procedure; e ne derivi persino, d'altro lato, l'affinamento delle tecniche fraudolente.

Merita soffermarsi ulteriormente su tale aspetto, cioè sulla attuale regolamentazione come argine alla corruttela. In effetti è ormai giudizio corrente che la corruzione si sia attenuata nella assegnazione degli appalti pubblici: a tale attenuazione non si è peraltro sostituita la scelta del contraente migliore (migliore in virtù della eccellenza della offerta in rapporto ai bisogni pubblici) ma si è sostituito frequentemente un criterio di casualità. Ormai si vincono appalti sul filo della terza cifra decimale: e allora, in molti casi, la vittoria consegue non tanto al merito, bensì alla fortuna della impresa che ha «azzeccato» il ribasso giusto (magari con l'ausilio di una attenta investigazione circa i ribassi sulla cui base sono state effettuate precedenti aggiudicazioni da parte di quella medesima stazione). Per di più, accade anche che imprese intraprendenti si smembrino in imprese collegate (e simulatamente autonome) al fine di effettuare una concentrazione di offerte nella zona «calda» della probabile aggiudicazione. Tutto ciò, dunque, non premia la professionalità delle imprese e la qualità del prodotto, ma esorta a tecniche di azzardo da cui numerose imprese serie tendono a sottrarsi.

Ma c'è di più. È poi davvero bandita la corruzione? È davvero bandita la corruzione

al solo prezzo di una «casualità» nella aggiudicazione degli appalti? Purtroppo, neppure questo è vero: infatti alcune imprese, che magari ottengono l'appalto (non sulla base di un calcolo economico, bensì) sulla base di un calcolo delle probabilità, possono poi trovarsi a dover gestire una esecuzione tecnicamente ed economicamente (per le medesime) impossibile. Ed ecco allora che i fenomeni devianti rispuntano a valle della aggiudicazione: rispuntano cioè nella fase di esecuzione e così avanti sino alla fase del collaudo (ove possono rispuntare le esigenze e le occasioni di condizionamento che si è cercato di rimuovere dalla fase di aggiudicazione). Comunque sia ben chiaro che, anche a valle della aggiudicazione, la corruzione non è meno grave: infatti può andare ad incidere persino nel momento della verifica, presentando come perfetta una opera pubblica malamente realizzata, e la cui anomalia ha la propria genesi nella regole astratte di una aggiudicazione impersonale (e quindi facilmente viziata).

Per tutte queste ragioni di fondo si impone una revisione del testo attuale della legge n. 109 del 1994: una revisione che probabilmente sarebbe meritevole di essere effettuata tramite un testo nuovo (integralmente riformulato), ma che si impone soprattutto in riferimento a taluni nodi fondamentali che costituiscono strozzature evidenti in un sistema moderno della pubblica amministrazione.

Ancora un altro aspetto merita tuttavia di essere sottolineato, a proposito di tale modello di iper-regolazione. Il fatto è che la riduzione degli spazi di discrezionalità dell'amministrazione, unitamente a un minuzioso carico di procedure, finisce per restringere non soltanto gli spazi tecnici e valutativi del soggetto pubblico, ma riduce anche gli spazi di professionalità, di creatività, di libertà dei singoli (con peculiare riguardo, in questo caso, alle imprese).

A ciò si aggiunga che i residui spazi (di discrezionalità pubblica da un lato, e libertà private d'altro lato) vengono infine ingabbiati in

percorsi ad ostacoli difficilmente superabili, e comunque non superabili attraverso panacee più retoriche che sostanziali: come il conclamato e inattuato sportello unico, che richiede anch'esso una profonda revisione.

Il risultato, dunque, dietro parvenza di elevare la normazione nazionale riconducendola a un più maturo sistema di regole e di principi, consiste nel diversificare negativamente, in Italia, l'impresa e il lavoro, rendendo indesiderabile il nostro paese da parte degli investitori (ovviamente nazionali, e ancor più se esteri in quanto abituati a ben altre regole con cui è facile un confronto a nostro danno).

Queste le ragioni di fondo che impongono una revisione di alcuni nodi della legge n. 109 del 1994 (nel testo attuale): si tratta di valori essenziali, troppo a lungo compressi; si tratta inoltre di esigenze economiche, sociali e tecniche, indissolubilmente legate ai valori di fondo. Il tutto, nel quadro di un processo di revisione normativa che

non può essere isolato, ma che richiede un grande lavoro di trasformazione e modernizzazione, del nostro paese, finalmente possibile nella presente legislatura.

II. - Per una visione di sintesi su alcuni nodi fondamentali, è opportuno concentrare l'attenzione sui tipi di incarichi (a seconda che si tratti di lavori pubblici, oppure di incarichi cosiddetti «tecnici»), sulle loro classi (rapportate al valore), infine sulle relative procedure di assegnazione.

In tale ottica potranno essere utili le seguenti schematizzazioni:

tabella 1: assegnazione di lavori pubblici secondo la normativa attuale;

tabella 2: assegnazione di lavori pubblici secondo la presente novella;

tabella 3: assegnazione di incarichi tecnici secondo la normativa attuale;

tabella 4: assegnazione di incarichi tecnici secondo la presente novella.

Tabella 1 - ASSEGNAZIONE DI LAVORI PUBBLICI SECONDO LA NORMATIVA ATTUALE
(Articoli 19, 23 e 24 della legge n. 109 del 1994)

Lavori pubblici inferiori a 750.000 euro	<ul style="list-style-type: none"> - Licitazione privata semplificata (con invito a trenta richiedenti, scelti a rotazione); - Licitazione privata ordinaria (con invito a tutti i richiedenti); - Pubblico incanto.
Lavori pubblici da 750.000 euro ed oltre	<ul style="list-style-type: none"> - Licitazione privata <i>ordinaria</i> (con invito a tutti i richiedenti); - Pubblico incanto.

Nota: la trattativa privata è ordinariamente esclusa; è ammessa eccezionalmente fino a 300.000 euro, con invito a quindici concorrenti; oltre 300.000 solo per ripristini in caso di «urgenza imperiosa».

L'appalto concorso è ammesso solo in presenza di fattispecie oggettive.

Tabella 2 - ASSEGNAZIONE DI LAVORI PUBBLICI SECONDO LA PRESENTE NOVELLA

Lavori pubblici fino a 5.000.000 euro	<ul style="list-style-type: none"> - Trattativa privata o formale o informale (cioè anche senza bando; con almeno tre soggetti); - Licitazione di unico tipo (non meno di cinque, non più di venti; anche senza rotazione); - Pubblico incanto
Lavori pubblici da 5.000.000 euro ed oltre	<ul style="list-style-type: none"> - Trattativa privata in via eccezionale (per rifacimenti, restauri, «urgenze imperiose»; almeno tre soggetti); - Licitazione privata di unico tipo (non meno di cinque, non più di venti; anche senza rotazione); - Pubblico incanto.

L'appalto concorso è sempre ammesso, sulla base di valutazione di opportunità da parte del soggetto appaltante.

Tabella 3 - ASSEGNAZIONE DI INCARICHI TECNICI SECONDO LA NORMATIVA ATTUALE
(Articolo 17, commi 10, 11, 12 della legge n. 109 del 1994)

ty -30 Incarichi di progettazione inferiori a 40.000 euro	<ul style="list-style-type: none"> - Affidamento fiduciario; - Licitazione privata (senza forcella quantitativa).
Incarichi di progettazione da 40.000 a 199.999 euro (per i Ministeri, da 40.000 a 130.000)	<ul style="list-style-type: none"> - Licitazione privata (senza forcella quantitativa; solo licitazione, ex articolo 62 regolamento).
Incarichi di progettazione da 200.000 euro ed oltre (per i Ministeri, oltre 130.000 venti);	<ul style="list-style-type: none"> - Licitazione privata (minimo cinque, massimo venti); - Pubblico incanto.

Tabella 4 - ASSEGNAZIONE DI INCARICHI TECNICI SECONDO LA PRESENTE NOVELLA

Incarichi tecnici in genere, fino a 199.999 euro	<ul style="list-style-type: none"> - Affidamento fiduciario; - Procedure successive.
Incarichi tecnici in genere, da 200.000 euro ed oltre	<ul style="list-style-type: none"> - Trattativa privata (con almeno 3); - Licitazione privata (almeno cinque, non più di venti); - Pubblico incanto; - Appalto concorso.

Ad osservazione generale sulle tabelle, va ovviamente aggiunto che, in virtù di direttive europee tra cui la direttiva 97/52 CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 1997, sono stati modificati i criteri di determinazione delle soglie comunitarie da effettuare tramite quantificazioni in diritti speciali di prelievo (DSP) senza peraltro modificare i valori in termini assoluti. La stessa osservazione vale per il testo della novella, che mantiene, come d'uso, i riferimenti in euro.

III. — Per quanto riguarda in dettaglio i contenuti delle singole modifiche che compongono la presente novella, (composta di un unico articolo e, parimenti, di un comma unico) segue l'elenco analitico.

La lettera *a*) intende abrogare l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici. È pur vero che la tendenza recente è andata, viceversa, nel senso di incrementare il numero e le competenze delle Autorità, ma è da prendere atto che non tutti i settori sono idonei alla presenza feconda di organismi di tal fatta. In particolare, i compiti di una Autorità dei lavori pubblici, così come modellata dalla normativa ora vigente, sono così ambiziosi da non poter essere concretamente perseguiti (tranne forse la generica funzione di osservatorio, che potrebbe essere peraltro espletata in via amministrativa ordinaria senza la costituzione di un apposito ed ennesimo organismo; e potrebbe essere espletata, inoltre, a seguito di decisioni di opportunità assunte in attuazioni di indirizzi deliberati in sede di Conferenza permanente tra Stato e Regioni). Il senso dell'abolizione, dunque, non consiste nell'abolire un controllo, ma solo nell'abolire un organismo inadeguato, e utile al solo scopo (del tutto retorico, purtroppo così rilevante nel nostro paese) di mettersi a posto una facile coscienza con qualche vuota enunciazione.

La lettera *b*) introduce il principio del «dialogo competitivo» in sede di gara: i concorrenti potranno pertanto, qualora l'amministrazione non l'abbia escluso e qualora essi

stessi lo ritengano, esprimere la loro professionalità anche prospettando integrazioni e modifiche, cosicché l'amministrazione potrà aggiudicare a un concorrente che si sia distinto, in tal modo, tramite apporti utili e qualificati. Il principio del dialogo competitivo è del resto in piena coerenza con l'impostazione generale della presente novella, che è orientata ad abbandonare (come criterio di scelta del contraente) il parametro del mero prezzo, ed è invece orientata a privilegiare il parametro dell'offerta più vantaggiosa: nella quale ottica, per l'appunto, è interesse dell'amministrazione potersi giovare (ove ritenga di orientarsi in tal senso) di una progettazione a più voci che scaturisca da un fruttuoso incontro tra esigenze dell'utilizzatore e tecnologie del costruttore. Si aggiunga, infine, che tale «dialogo competitivo» è perfettamente di matrice comunitaria, come risulta dall'articolo 19 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993.

La lettera *c*) modifica il comma 4 dell'articolo 17 in duplice senso come segue.

In primo luogo è da osservare che l'articolo 17, nel comma 1, laddove identifica gli incarichi tecnici al fine di elencare (in via generale) i soggetti che li effettuano, si riferisce «alle prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, nonché alla direzione dei lavori ed agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo, alle attività del responsabile unico del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale...»; per contro il medesimo articolo 17, nel comma 4, laddove identifica gli incarichi tecnici che siano affidabili all'esterno, si riferisce solamente alla «redazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, nonché le attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione». Nel passaggio dal primo al quarto comma si notano quindi restrizioni (che

escludono, soprattutto, la direzione lavori) non giustificate entro una visione moderna dell'amministrazione; occorre quindi raccordare i due testi, e la soluzione di maggior chiarezza consiste nel modificare il comma 4 facendo rinvio integrale, in esso, alle più ampie prestazioni individuate nel comma 1.

In secondo luogo: sempre il comma 4 dell'articolo 17 subordina il ricorso esterno, in riferimento agli incarichi in questione, al fatto che sussistano determinate situazioni «giustificatrici», e cioè la carenza di organico, la difficoltà di rispettare i tempi di programmazione, la difficoltà di svolgere i compiti di istituto, la particolare complessità della prestazione; pur trattandosi di una casistica non ristretta, emerge comunque una impostazione di chiusura nei confronti di reali e moderne occorrenze di *outsourcing*, che sempre più frequentemente possono presentarsi anche in rapporto a esigenze di tempestività e di qualità dell'azione amministrativa; occorre quindi rimodellare il comma 4 dell'articolo 17 anche sotto questo profilo, consentendo che il ricorso alle competenze esterne possa avvenire in via generale (senza requisiti restrittivi) e nel quadro dei soli limiti provenienti dal principio di discrezionalità (orientato *ex lege* al pubblico interesse) e dal principio di buon andamento.

La lettera c), numero 2) della presente novella serve a chiarire in modo evidente che, anche per gli incarichi tecnici superiori ai 200.000 euro (incarichi ulteriori alla «soglia comunitaria», cosiddetti incarichi di terza fascia) deve restare aperta, in capo alle amministrazioni, la scelta tra tutte e quattro le procedure (pubblico incanto, licitazione privata, appalto concorso, trattativa privata) consentite dalla direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992 e dal conseguente decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157. Questa esigenza di chiarimento sorge dal fatto che, per contro, la formulazione attuale del comma 10 dell'articolo 17 («Per l'affidamento di incarichi di progettazione il cui importo stimato sia pari o superiore a 200.000

euro, si applicano le disposizioni di cui alla citata direttiva 92/50 e al decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157») è stata intesa come richiamante un ventaglio di procedure in quanto messe a disposizione del potere regolamentare e non delle amministrazioni appaltatrici. In altri termini, a livello governativo, è stata assunta l'interpretazione nel senso che, in sede regolamentare, avrebbero potuto ammettersi alcune soltanto tra le procedure ivi indicate: cosicché, appunto in tale ottica, il regolamento del 1999 ha poi ammesso soltanto due procedure su quattro, e cioè il pubblico incanto e la licitazione privata (escludendo l'appalto concorso e la trattativa privata). In considerazione di ciò, è dunque essenziale introdurre una riformulazione dell'articolo 17, comma 3, che sia idonea, al di là di ogni dubbio, a sbarrare qualsiasi reinterprete restrittiva effettuabile in sede di regolamento. (Il regolamento di attuazione della legge n. 109 del 1994 è stato emanato con decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554).

La lettera c), numero 3), della presente novella interviene in due sensi. In primo luogo, la novella intende superare la già segnalata impostazione restrittiva (presente nei commi 2 e seguenti dell'articolo 17): nel caso presente, in particolare, il comma 10 dell'articolo 17 (nel testo novando) si riferisce ai soli incarichi di progettazione, mentre è altamente opportuno estendere gli incarichi in questione all'intera area degli incarichi cosiddetti tecnici (compresa la direzione dei lavori, nonché le prestazioni di supporto tecnico-amministrativo). In secondo luogo, la novella intende modificare la soglia di ammissibilità dell'affidamento fiduciario: importo che nel testo novando è fissato in 40.000 euro, e che la presente novella intende elevare sino ai 200.000 euro (qui ci si riferisce ovviamente all'incarico fiduciario, fermo restando quanto detto sopra in tema di trattativa privata, che deve essere ammessa nella sua generalità, anche sopra la soglia dei 200.000 euro, essendo ingiusti-

ficcate, e verosimilmente già illegittime, le restrizioni del regolamento).

La lettera *c*), numero 5), della presente novella liberalizza, in favore delle amministrazioni, il ricorso al concorso di progettazione nonché al concorso di idee. Appare infatti restrittivo limitare tale strumenti a un parametro connesso all'oggettività dell'opera, ed è più rispondente all'interesse pubblico consentire che l'amministrazione valuti in quali casi la propria scelta si possa giovare di un apporto competitivo di ideazioni esterne.

La lettera *d*) della presente novella prevede una ulteriore forma di rapporto tra privato ed amministrazione, nel qual rapporto è il privato ad assumere l'iniziativa presentando, all'amministrazione, il progetto completo di un'opera pubblica: i privati, insomma, possono offrirsi di fornire, a una pubblica amministrazione, un'opera pubblica perfetta e agibile (e pertanto già dotata, a monte, di tutti i finanziamenti del caso); il corrispettivo, che il privato in tal caso mette in gioco, consisterà nel conseguire la concessione, dell'opera stessa, per un determinato periodo tempo, a fini di utilizzazione economica (con riconsegna finale all'amministrazione, alla scadenza del termine). Qualora l'amministrazione ritenga che l'opera (in quanto rispondente al pubblico interesse) sia meritevole di concretizzazione, in tal caso bandirà la gara per l'assegnazione in concessione. A gara espletata, il proponente, qualora dovesse risultare vincitore della gara, vedrà in tal modo pienamente remunerata la propria iniziativa. Qualora invece l'amministrazione dovesse affidare l'opera a un vincitore diverso dal proponente, in tal caso sarà conforme ad equità che l'amministrazione tenga indenne il proponente per quanto di attinenza alle spese sostenute. Tale procedura, ben lungi dall'essere macchinosa, ha le carte in regola per rivelarsi feconda e liberatrice di iniziative, anche con elevata tempestività di attuazione.

La lettera *e*), numero 1), della presente novella intende sopprimere, quale parametro di

individuazione del contraente, il criterio del prezzo più basso. Tale criterio, nella concretezza della sua formulazione legislativa nonché di regolamento, si presenta invero macchinoso e talvolta persino oscuro (come appare, ad esempio, nel comma 1-*bis* dell'articolo 21, che rappresenta un vero rompicapo anche per un interprete professionista). Ma non è questo il punto: il punto è che il prezzo più basso non è affatto la soluzione tecnica più adeguata alla individuazione del contraente migliore per gli interessi generali dell'amministrazione; il criterio principe è e dev'essere l'offerta più vantaggiosa, che risulti da una ponderazione derivante dal concorso di parametri (a loro volta, in gran parte) parimenti qualitativi.

La lettera *e*), numero 2), della presente novella pone, come unico parametro ai fini dell'aggiudicazione, il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa. La indicazione dei criteri di secondo grado, a loro volta utili ai fini di tale giudizio inevitabilmente complesso (e composto), è formulato in maniera parimenti aperta, ma più sintetica.

La lettera *e*), numero 3), della presente novella introduce due modificazioni.

La prima modificazione fa sì che il dovere assoluto (che nel testo novando, della legge n. 109 del 1994, impone di indicare, in capitolato o in bando, l'ordine di importanza dei vari parametri che vanno a determinare l'offerta più vantaggiosa: parametri come il prezzo, il valore tecnico, il valore estetico, il tempo di esecuzione) venga sostituito da un dovere relativo (il dovere di indicare, *ove possibile*, tale ordine): la modifica è resa opportuna dal fatto che, in alcuni casi, è veramente difficile indicare *a priori* tale ordine, e tale ordine, ammesso che si formi, nasce soprattutto dal dialogo valutativo entro il lavoro delle commissioni. Senza dubbio la formula, che richiede di indicare «possibilmente» tale ordine, è tecnicamente inusuale; tuttavia tale formula è proprio quella utilizzata, con saggezza pragmatica, nel testo della direttiva europea, e allora non si vede per-

chè, anche in questo caso, la legislazione italiana debba eccellere in rigidità.

La seconda modificazione elimina il requisito per cui la ponderazione dei parametri debba necessariamente tradursi in un unico parametro numerico finale: anche in questo caso si tratta di una forzatura quantitativa che può condurre a un risultato distorto: un risultato preconstituito da stipulazioni a priori, che possono forzare la complessità e la duttilità di una valutazione essenzialmente qualitativa.

La lettera *f*) della presente novella elimina, semplificando, le due procedure di licitazione privata, e determina tra il minimo di cinque e il massimo di venti (in conformità alla norma comunitaria) il numero dei soggetti da invitare. È altresì da considerare che in tal modo, unificando le due procedure, nonché eliminando il tetto dei settecentocinquanta euro (tetto stabilito nel comma 1-*bis* del medesimo articolo 23 che viene qui integralmente sostituito), risulta che la licitazione privata (in forma unica ed oggettivamente semplificata) è consentita per appalto di lavori pubblici di qualsiasi importo stimato.

La lettera *g*), numero 1), della presente novella introduce modificazioni nel regime della trattativa privata.

In primo luogo modifica il regime ammettendo la trattativa (in via ordinaria) per lavori di importo stimato sino a 5 milioni di euro. Ciò risulta pienamente conforme al disposto comunitario, il quale tramite la direttiva 93/37/CE del Consiglio, del 14 giugno 1993, non soltanto motiva in tal senso, nelle premesse, «considerando che gli appalti di lavori il cui ammontare è inferiore a 5.000.000 di euro possono non essere sottoposti alla concorrenza quale è organizzata dalla presente direttiva», ma poi, nel primo comma dell'articolo 6, chiarisce che «la presente direttiva si applica agli appalti pubblici di lavori il cui importo di IVA esclusa, e pari o superiore a 5.000.000 di euro».

In secondo luogo la presente novella ammette la trattativa, per importi superiori ai 5.000.000 di euro purché con bando di gara, nei casi eccezionali già previsti nel comma secondo dell'articolo 7 della citata direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993; la qual disciplina non risulta pienamente ripresa dalla legge n. 109 del 1994, con evidente intento restrittivo.

La lettera *g*), numero 2), della presente novella prosegue la modificazione del regime della trattativa privata: la ammette infatti, anche senza bando di gara, non solo quando si tratti di «ripristino» e ricorra «urgenza imperiosa» (caso già previsto anche nell'articolo 24, primo comma, testo attuale della legge n. 109) ma anche in altri casi trascurati dalla legge n. 109 ma conformi a quanto ammesso dall'articolo 7, comma 3, della citata direttiva 93/37. Anche su questo punto è parso dunque opportuno recuperare integralmente la disciplina della direttiva, superando le restrizioni introdotte dalla legge n. 109 del 1994.

La lettera *g*), numero 3), determina in tre il numero dei soggetti da invitare ai fini della trattativa privata per gli appalti di lavori pubblici, ricordando peraltro che tale trattativa privata, sempre per i lavori pubblici, risulterà ammessa solo in via eccezionale qualora l'importo sia superiore alla soglia comunitaria (5.000.000 di euro). Resta salvo ovviamente il diverso regime (vedi sopra) in tema di affidamento fiduciario (direttamente e immediatamente a un solo soggetto) per quanto riguarda gli appalti (non di lavori pubblici) bensì di prestazioni tecniche (come progettazione, supporto tecnico-amministrazione, direzione lavori); e così pure deve restare ferma la possibilità di trattativa privata per gli incarichi tecnici anche superiori alla soglia dei duecentomila euro, in conformità al nuovo testo dell'articolo 17 comma 10.

La lettera *g*), numero 4), della presente novella, sempre ai fini di una ragionevole ridefinizione degli ambiti della discrezionalità,

eleva a 500.000 euro il valore dei lavori ammissibili in economia.

La lettera *h*), numero 1), della presente novella introduce la possibilità di una garanzia sostanziale, avente ad oggetto la medesima prestazione già ad oggetto della obbligazione principale dell'appaltatore: si tratta in definitiva, di una funzione di garanzia ottenuta tramite uno strumento di matrice privatistica come l'obbligazione solidale: il garante è dunque colui che si aggiunge come obbligato in solido. Tale strumento, se richiesto dall'appaltante, potrà utilmente affiancarsi, alle

ordinarie garanzie a scopo risarcitorio o sanzionatorio.

La lettera *h*), numero 2), della presente novella introduce una norma di notevole utilità per i casi in cui il cantiere si blocchi, e i lavori nel contempo non possano proseguire neppure se affidati ad altri, a causa del fallimento dell'appaltatore. In tal caso sarà compito del nuovo appaltatore rimettere il cantiere in condizioni operative, caricandosi di una custodia immediata ma temporanea, dei beni lasciati dal fallito, sino all'intervento del curatore.

DISEGNO DI LEGGE

Art. 1.

*(Modifiche alla legge
11 febbraio 1994, n. 109)*

1. Alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) gli articoli 4 e 5 sono abrogati;
b) all'articolo 16, dopo il comma 9, sono aggiunti i seguenti:

«9-bis. La progettazione dell'appaltante, posta a base di gara, è suscettibile di varianti, modificative o integrative, da parte dei concorrenti, con offerta di prezzo rapportato alle varianti; l'amministrazione può aggiudicare l'appalto a chi si sia avvalso di tale facoltà.

9-ter. Le amministrazioni possono indicare le condizioni minime che le varianti devono rispettare, nonché le modalità per la loro presentazione. Le amministrazioni, ove non intendano consentire varianti, devono effettuare indicazione nel bando.».

c) all'articolo 17 sono apportate le seguenti modificazioni:

1) il comma 4 è sostituito dal seguente:

«Possono essere affidati ai soggetti di cui alle lettere d), e), f) e g) del comma 1 incarichi aventi ad oggetto prestazioni di cui al medesimo comma»;

2) il comma 10 è sostituito dal seguente:

«10. Per l'affidamento di incarichi, aventi ad oggetto prestazioni di cui al comma 1, il cui importo stimato sia pari o superiore a 200.000 euro, l'ente appaltante individua il

soggetto affidatario scegliendo una tra le seguenti procedure:

- a) pubblico incanto;
- b) appalto concorso;
- c) licitazione privata;
- d) trattativa privata»;

3) il comma 11 è sostituito dal seguente:

«11. Per l'affidamento di incarichi, aventi ad oggetto prestazioni di cui al comma 1, il cui importo stimato sia inferiore a 200.000 euro, è possibile procedere, altresì, tramite affidamento fiduciario a soggetti di cui al comma 1, lettere d) ed e).»;

4) il comma 12 è abrogato;

5) il comma 13 è sostituito dal seguente:

«13. Se la prestazione riguarda la progettazione di lavori a cui le stazioni appaltanti riconoscano o intendano attribuire particolare valore sotto il profilo architettonico, o ambientale, o storico-artistico, o conservativo, o tecnologico, le medesime stazioni valutano in via prioritaria la opportunità di applicare la procedura del concorso di progettazione o del concorso di idee. A tali concorsi si applicano adeguate forme di pubblicità.»;

d) all'articolo 19, dopo il comma 2-bis, è inserito il seguente:

«2-ter. Soggetti idonei a partecipare alle procedure di aggiudicazione possono presentare, alle pubbliche amministrazioni, progetti tecnici e finanziari per la realizzazione e la utilizzazione di opere di interesse per le medesime amministrazioni e da destinare a uso in concessione. Il progetto finanziario deve contenere: il piano degli investimenti, ivi comprese le dichiarazioni di impegno degli investitori subordinatamente alla concessione dell'opera; i criteri di utilizzo; i criteri delle tariffe in caso di utenza pubblica; la durata del rapporto; le modalità di riconsegna all'amministrazione. Il proponente deve indi-

care, altresì, i costi del progetto tecnico e finanziario presentato. L'amministrazione, se valuta l'opera meritevole di realizzazione, effettua il bando per l'affidamento in concessione. Nel caso in cui la medesima opera venga assegnata in concessione a soggetto diverso dal proponente, l'amministrazione lo terrà indenne circa i costi del progetto tecnico e finanziario dal medesimo indicati. Per il caso di contestazione sui costi esposti, il regolamento prevede una forma arbitraria di determinazione.»;

e) all'articolo 21 sono apportate le seguenti modificazioni:

- 1) i commi 1 e 1-bis sono abrogati;
- 2) il comma 2 è sostituito dal seguente:

«2. L'aggiudicazione degli appalti è effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Quest'ultima è determinata prendendo in considerazione più parametri quali i seguenti:

- 1) il prezzo;
- 2) il valore tecnico;
- 3) il valore estetico;
- 4) il tempo di esecuzione;
- 5) le modalità e i costi, di utilizzazione e di manutenzione;
- 6) altresì, per le opere in concessione, il rendimento, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe, la durata del rapporto.»;

3) il comma 3 è sostituito dal seguente:

«3. Il capitolato speciale d'appalto o il bando di gara indicano i criteri di aggiudicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza attribuita.».

f) l'articolo 23 è sostituito dal seguente:

«Art. 23. - 1. Le stazioni appaltanti possono ricorrere a licitazione privata invitando non meno di cinque e non più di venti soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando»;

g) all'articolo 24 sono apportate le seguenti modificazioni:

1) il comma 1 è sostituito dal seguente:

«*I.* L'affidamento a trattativa privata, in alternativa alle altre procedure di cui alla presente legge, è ammessa, per gli appalti di lavori pubblici di importo inferiore a cinque milioni di euro, anche senza pubblicazione preliminare del bando di gara. La trattativa privata è altresì ammessa, per gli appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore a cinque milioni di euro, dopo la pubblicazione del bando di gara e la selezione di candidati secondo criteri qualitativi e resi noti, nei casi seguenti:

a) in caso di offerte irregolari in esito a una procedura di pubblico incanto o licitazione privata, o in caso di deposito di offerte inaccettabili, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate;

b) per i lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca o sperimentazione, non per assicurare la redditività o il recupero dei costi di ricerca e di sviluppo;

c) in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori la cui natura o i cui imprevisti non consentano una fissazione preliminare e globale dei prezzi.»;

2) dopo il comma 1 è inserito il seguente:

«*I-bis.* La trattativa privata è altresì ammessa, per gli appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore a cinque milioni di euro, senza pubblicazione preliminare del bando di gara, nei casi seguenti:

a) quando nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, è stata depositata in esito a una procedura di pubblico incanto o di licitazione privata, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate;

b) per i lavori la cui esecuzione, per motivi tecnici, artistici o inerenti alla tutela dei diritti di esclusiva, può essere affidata unicamente a un soggetto determinato; se-

gnatamente, per lavori di restauro e di manutenzione di beni o superfici architettoniche decorate di cui alla legge 1° giugno 1939, n. 1089, e successive modificazioni;

c) nel caso di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, qualora motivi di imperiosa urgenza attestati dal dirigente o dal funzionario responsabile del procedimento rendano incompatibili i termini imposti dalle altre procedure di affidamento degli appalti.»;

3) il comma 5 è sostituito dal seguente:

«5. L'affidamento di appalti a trattativa privata ai sensi del comma 1, nonché ai sensi del comma 1-*bis*, fatta eccezione per quanto previsto alla lettera *b*), per gli appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore a cinque milioni di euro avviene tramite invito ad almeno tre concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati ai sensi della presente legge.»;

4) il comma 6 è sostituito dal seguente:

«6. I lavori in economia sono ammessi fino all'importo di 500.000 euro, fatti salvi i lavori del Ministero della difesa che vengono eseguiti in economia a mezzo delle truppe e dei reparti del Genio militare, disciplinati dal regolamento per l'attività del Genio militare di cui all'articolo 3, comma 7-*bis*.»;

h) all'articolo 30 sono apportate le seguenti modificazioni:

1) dopo il comma 2-*bis* è inserito il seguente:

«2-*ter*. L'ente appaltante può richiedere all'aggiudicatario, la costituzione di garanzia, da parte di soggetto idoneo, avente ad oggetto la effettuazione delle prestazioni dell'aggiudicatario in caso di impossibilità o di inadempienza da parte del medesimo. La mancata costituzione di tale garanzia determina i medesimi effetti di cui al comma 2 del presente articolo.»;

2) dopo il comma *7-bis* è aggiunto il seguente:

«*7-ter*. In caso di fallimento dell'appaltatore, il soggetto appaltante può procedere a nuovo affidamento anche ricorrendo alla eventuale graduatoria già acquisita. Il nuovo appaltatore prende in consegna il cantiere e lo libera da ogni bene in proprietà o possesso o detenzione dell'appaltatore precedente, assumendone la custodia sino alla consegna al curatore del fallimento. La individuazione di tali beni, in mancanza di concerto con il curatore entro breve termine stabilito dall'amministrazione, è effettuata con verbale concordato tra appaltante e appaltatore.»