



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Corso Unione Sovietica, 218/bis
10134 TORINO
tel. 011-6706123 - fax 011-6706122

Torino, 10 dicembre 2007

Ill. mo Presidente della
Comunità Montana delle Valli Gesso e Vermenagna
Piazza Roma n. 12, Robilante (CN)

Quesito: Qualificazione giuridica della prestazione di redazione del programma operativo attuativo di un programma territoriale integrato. Individuazione delle modalità e delle procedure per l'affidamento della prestazione e valutazione della sussistenza della situazione di estrema urgenza non imputabile all'amministrazione appaltante quale presupposto legittimante la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara. Parere.

1. Premessa

Il quesito posto riguarda la qualificazione giuridica della prestazione avente ad oggetto la redazione del programma operativo attuativo di un programma territoriale integrato, le modalità e le procedure per l'affidamento di tale prestazione anche in considerazione della situazione di urgenza determinata dalla recente approvazione regionale dei programmi ammessi al finanziamento e delle indicazioni per la redazione dei programmi operativi finanziati.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

2. La redazione del programma operativo come prestazione di servizio.

La questione preliminare all'individuazione della disciplina applicabile per l'affidamento del relativo incarico concerne la qualificazione giuridica della prestazione avente ad oggetto la redazione del programma operativo in attuazione del Programma territoriale integrato (d'ora in poi PTI) il cui contenuto è definito dal Bando regionale "Programmi integrati territoriali per gli anni 2006-2007" (par. 10.2) approvato con D.G.R. Piemonte 11 dicembre 2006, n. 55-4877.

Il programma operativo contiene: a) una relazione descrittiva; b) un piano di fattibilità, composto dagli studi di fattibilità delle opere pubbliche o di interesse pubblico, e dalle schede relative a ciascun intervento immateriale contenuto nel programma territoriale integrato; c) un quadro finanziario (D.G.R. 20 novembre 2007, n. 4-7522, par. 2.1 i cui contenuti sono stabiliti nel dettaglio dai successivi par. 3-5).

L'attività di redazione del programma operativo non pare riconducibile all'attività di progettazione connessa all'affidamento di un appalto pubblico di lavori per l'esecuzione di un'opera (ove per «opera» si intende il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica, sia essa il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile, ovvero di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica: d.lgs. n. 163/2006, art. 3, co. 7°-8°) e non pare dunque possa costituire oggetto di un appalto pubblico di lavori.

L'attività di redazione del programma operativo pare invece doversi qualificare come prestazione di servizio ai sensi del d.lgs. n. 163/2006, art. 3, co.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

10°, che definisce in via residuale le prestazioni che non sono di forniture o di lavori, con rinvio all'allegato II del d.lgs. n. 163/2006 (ex art. 3, co. 3°, 6° e 10°, d.lgs. n. 163/2006 sono appalti pubblici di servizi i «contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto [...] la prestazione di servizi come definiti dal presente codice» ed aventi ad oggetto uno dei servizi di cui all'allegato II: cfr. art. 1, § 2, lett. *a* e *d*, direttiva CE n. 18/2004). In particolare l'allegato IIA, categoria n. 12, d.lgs. n. 163/2006 qualifica come prestazione di servizio i «servizi attinenti all'architettura all'ingegneria, anche integrata; servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica; servizi affini di consulenza scientifica e tecnica» (v. anche Direttiva CE 31 marzo 2004, n. 2004/18, art. 1, § 2, lett. *d* e allegato IIA; con specifico riferimento alla redazione di strumenti urbanistici: Cons. Stato, sez. IV, 2001, n. 4573 ; Cons. St., sez. IV, 27 novembre 2000, n. 6315 ; Cass. sez. un., 19 ottobre 1998, n. 10370).

La redazione del piano operativo si compone di prestazioni consistenti in attività di progettazione di lavori (gli studi di fattibilità) sottoposte alla specifica disciplina dettata dal d.lgs. n. 163/2006, art. 90 e s. – che pur costituiscono una specie della più generale categoria degli appalti pubblici di servizi – nonché di prestazioni di servizi (la relazione descrittiva, il quadro finanziario) di cui all'allegato IIA, categoria n. 12, d.lgs. n. 163/2006 da aggiudicarsi secondo le modalità previste in via generale dal d.lgs. n. 163/2006.

Atteso che l'importo complessivo della prestazione in oggetto è pari a € 163.000 cofinanziati dalla Regione Piemonte, occorre individuare le procedure applicabili per l'affidamento del relativo incarico di importo inferiore alla c.d.



soglia europea ed avente oggetto prestazioni di servizi differenti: in parte servizi di progettazione di opere pubbliche (d.lgs. n. 163/2006, art. 90 e s.) ed in parte servizi attinenti «all'architettura e all'ingegneria anche integrata», «all'urbanistica e alla paesaggistica» o «servizi affini di consulenza scientifica e tecnica» (allegato IIA, categoria n. 12, d.lgs. n. 163/2006).

3. L'oggetto dell'incarico di redazione del programma operativo.

L'amministrazione appaltante potrebbe affidare le prestazioni di progettazione di lavori pubblici distintamente dalle prestazioni di servizi non soggette alla disciplina speciale di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 91.

Infatti le «prestazioni relative alla progettazione preliminare di lavori» (d.lgs. n. 163/2006, art. 90, co. 1°, già l. n. 109/1994, art. 17, co 1°) nonché taluni «servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria anche integrata e gli altri servizi tecnici concernenti la redazione del progetto preliminare nonché le attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione» (d.P.R. n. 554/1999, art. 50, co. 1°) trovano disciplina specifica nel d.lgs. n. 163/2006, art. 90 e s. e nel d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, art. 50 e s. (di cui sono abrogati solo gli art. 55, 57 e 59: d.lgs. n. 163/2006, art. 256, co. 1° e 4°).

Ove l'importo delle prestazioni di progettazione, a seguito della scissione, risultasse inferiore a € 100.000, l'amministrazione appaltante potrebbe avviare una procedura negoziata invitando almeno cinque operatori economici in possesso dei necessari requisiti di qualificazione morale, tecnica ed economico-



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

finanziaria, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza (d.lgs. n. 163/2006, art. 91, co. 2°).

Qualora invece l'importo delle prestazioni di progettazione, anche a seguito del frazionamento, risultasse superiore a € 100.000, l'amministrazione appaltante sarebbe tenuta ad aggiudicare il relativo contratto di appalto pubblico di servizi con procedura aperta o ristretta (d.lgs. n. 163/2006, art. 91, co. 1°), salva la possibilità di utilizzare la procedura negoziata ove ne sussista il presupposto (nel caso di specie, con riferimento all'urgenza si rinvia al § 5).

Gli ulteriori contenuti del programma operativo che sono invece prestazioni di servizi attinenti «all'architettura e all'ingegneria anche integrata», «all'urbanistica e alla paesaggistica» o «servizi affini di consulenza scientifica e tecnica» – come espressamente previsto dall'allegato IIA, categoria n. 12, d.lgs. n. 163/2006 – potranno essere oggetto di un appalto pubblico di servizi da aggiudicare con procedura aperta, ristretta o – se ne ricorrono i presupposti – negoziata o, in alternativa, potranno essere acquisiti in economia se tale tipologia di prestazioni è prevista nel regolamento dell'ente che disciplina le acquisizioni in economia (d.lgs. n. 163/2006, art. 125, co. 10°).

L'acquisizione in economia può avvenire per amministrazione diretta o con affidamento a terzi mediante stipulazione di un contratto di cottimo.

In particolare, la stipulazione del contratto di cottimo presuppone l'esperimento di una c.d. gara formale per la scelta del contraente (cottimista) che segue un procedimento analogo a quello della procedura negoziata per i contratti



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

di appalto pubblico (il d.lgs. n. 163/2006, art. 3, co. 40° dispone espressamente in tal senso).

La scelta del contraente con cui stipulare il contratto di cottimo avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei (in possesso dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente), individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. La lettera di invito deve contenere tutti gli elementi essenziali della prestazione da eseguire e indicare il criterio di aggiudicazione. È consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento, senza previo esperimento di gara informale, per servizi di importo inferiore a € 20.000 (d.lgs. n. 163/2006, art. 125, co. 8° e 12°; cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2005, n. 954).

La semplificazione procedimentale che l'amministrazione appaltante potrebbe trarre dall'affidamento separato delle prestazioni necessarie alla redazione del programma operativo pare essere esclusivamente la possibilità di affidare con procedura negoziata le prestazioni progettuali di importo inferiore a € 100.000 e acquisire in economia le prestazioni di servizi non incluse nel d.lgs. n. 163/2006, art. 91.

Il frazionamento dell'oggetto dell'incarico di redazione del programma operativo può tuttavia non garantire la necessaria unitarietà, coerenza e



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

omogeneità del programma stesso come risultato delle diverse prestazioni, nonché essere considerato una scissione artificiosa attuata al fine di poter applicare una procedura di scelta del contraente caratterizzata da minore pubblicità e concorrenzialità (d.lgs. n. 163/2006, art. 29, co. 4° secondo cui *«nessun progetto d'opera né alcun progetto di acquisto volto ad ottenere un certo quantitativo di forniture o di servizi può essere frazionato al fine di escluderlo dall'osservanza delle norme che troverebbero applicazione se il frazionamento non vi fosse stato»* nonché art. 125, co. 13°; cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2006, n. 6908; Corte conti, sez. contr. Stato, 22 giugno 1999, n. 46/Rel. e Id., 25 maggio 200, n. 49/Rel.; Corte conti, sez. contr., 24 marzo 1998, n. 20/Rel. e Id., 9 giugno 1998, n. 72/Rel.; Corte conti, sez. giur. Puglia, 25 novembre 1992, n. 17; secondo Corte conti, sez. giur. Trento, 26 aprile 2006, n. 29 il frazionamento artificioso è da escludere ove le prestazioni siano «del tutto diverse e distinte», mentre secondo Corte conti, sez. contr., 23 agosto 1995, n. 111 la suddivisione dell'oggetto del contratto anche ove non violi il divieto di frazionamento artificioso può essere «una scelta censurabile nel merito in quanto in tal modo, avendo ripartito il valore dell'intervento in più contratti» l'amministrazione ha rinunciato «ai vantaggi derivanti da una possibilità di scelta maggiore [...] ed agli eventuali miglioramenti sul prezzo derivanti da una maggior concorrenza tra gli interessati»).

4. Le procedure per l'affidamento unitario dell'incarico di redazione del programma operativo.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

L'affidamento unitario dell'incarico di redazione del programma operativo pone la questione dell'individuazione della disciplina applicabile: se quella speciale dettata dal d.lgs. n. 163/2006, art. 91 per le prestazioni di progettazione di lavori e opere pubbliche oppure quella prevista in via generale per gli appalti pubblici di servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario (d.lgs. n. 163/2006, art. 121 e 124) per le prestazioni di redazione del programma operativo che non costituiscono attività di progettazione (allegato IIA, categoria n. 12, d.lgs. n. 163/2006).

L'importo complessivo delle prestazioni necessarie alla redazione del programma operativo è infatti superiore alla soglia di € 100.000 entro la quale è consentita la procedura negoziata per la scelta del contraente cui affidare le prestazioni di progettazione (d.lgs. n. 163/2006, art. 91, co. 2°) e pone la questione di delimitare il rinvio alle ordinarie procedure di aggiudicazione per la scelta del contraente (d.lgs. n. 163/2006, art. 91, co. 1°).

Il rinvio potrebbe infatti interpretarsi come riferito sia alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi c.d. sotto soglia (d.lgs. n. 163/2006, art. 121 e 124) che all'acquisizione in economia che si pone quale alternativa all'appalto per le tipologie di servizi indicati nel regolamento dell'amministrazione appaltante (d.lgs. n. 163/2006, art. 125).

Senonchè la disciplina dei servizi di progettazione si pone in rapporto di specialità rispetto a quella più generale di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 121 e s. e consente l'affidamento dell'incarico previa procedura negoziata con invito ad



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

almeno cinque operatori economici solo per incarichi di importo inferiore a € 100.000 (d.lgs. n. 163/2006, art. 91, co. 2°).

Nel caso di specie l'importo dell'incarico è inferiore alla c.d. soglia di rilievo europeo ma comunque superiore alla soglia economica speciale (€ 100.000) di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 91, co. 2°.

L'interpretazione sistematica delle disposizioni citate pare indurre a ritenere inammissibile l'acquisizione in economia degli incarichi di servizi di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 91.

La specialità della disciplina per l'affidamento degli incarichi di progettazione sarebbe infatti vanificata ove si ammettesse la possibilità di acquisire con contratto di cottimo previa procedura negoziata (d.lgs. n. 163/2006, art. 125, co. 11°) – analoga a quella prevista dal d.lgs. n. 163/2006, art. 91, co. 1° – gli incarichi di progettazione di importo economico superiore alla particolare soglia economica di € 100.000.

Una diversa soluzione si risolverebbe in una interpretazione abrogante della disciplina speciale di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 91, co. 2° o comunque si porrebbe in contrasto con essa, poiché la soglia economica ivi prevista (€ 100.000) per l'affidamento con procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara sarebbe assorbita da quella di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 125, co. 9° (che richiama la soglia di rilievo comunitario di cui all'art. 28, co. 1°, lett. b: € 211.000).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

L'incarico di redazione del piano operativo pare dover essere dunque affidato con contratto di appalto pubblico di servizi avente un oggetto «misto» in parte composto da servizi di progettazione di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 91 ed in parte da prestazioni di servizi di cui al d.lgs. n. 163/2006, allegato IIA, categoria n. 12.

I criteri del carattere principale o della prevalenza economica della prestazione per l'individuazione della disciplina giuridica applicabile ai contratti ad oggetto misto (prestazioni di lavori, forniture, servizi: d.lgs. n. 163/2006, art. 14) non paiono applicabili al caso in esame ove l'oggetto dell'appalto è composto da prestazioni di servizio soggette a disciplina giuridica parzialmente differente.

Il carattere speciale della disciplina sull'affidamento delle prestazioni di progettazione (d.lgs. n. 163/2006, art. 91, co. 2°) non consente infatti l'applicazione della disciplina ordinaria che include la possibilità di acquisizione in economia delle prestazioni (d.lgs. n. 163/2006, art. 124-125) nemmeno nel caso in cui le prestazioni di servizio oggetto del contratto di appalto pubblico che non costituiscono attività di progettazione avessero carattere principale o fossero economicamente preponderanti.

L'accorpamento di prestazioni di servizi aventi diversa disciplina giuridica (servizi di progettazione e servizi diversi di cui al d.lgs. n. 163/2006, allegato IIA, categoria n. 12) si risolverebbe altrimenti in un'elusione della disciplina speciale dettata per gli incarichi di progettazione che tutela maggiormente la concorrenza nella selezione del contraente dell'amministrazione



pubblica, nonché nella violazione del divieto di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 91, co. 8°.

La scelta di non scindere l'oggetto del contratto di affidamento dell'incarico di redazione del programma operativo non pare consentire l'acquisizione in economia ma sembra richiederne l'aggiudicazione secondo la procedura prevista per i contratti di appalto pubblico di servizi di importo inferiore alla c.d. soglia europea ai sensi del d.lgs. n. 163/2006, art. 124.

5. L'affidamento dell'incarico di redazione del programma operativo con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara.

La redazione del programma operativo può essere qualificata come una prestazione mista di servizi di progettazione e di servizi di cui all'allegato IIA, categoria n. 12, d.lgs. n. 163/2006 deducibile come oggetto di un appalto pubblico di servizi e non riconducibile alle categorie di servizi espressamente escluse dall'applicazione integrale del codice dei contratti pubblici (le prestazioni di servizio di cui all'allegato IIB del d.lgs. n. 163/2006 e della direttiva CE n. 18/2004: art. 20, d.lgs. n. 163/2006 e art. 21, direttiva CE n. 18/2004; i servizi indicati dall'art. 16, direttiva CE n. 18/2004 e dall'art. 19, d.lgs. n. 163/2006).

In base alla disciplina di cui al d.lgs. n. 163/2006, *Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, gli appalti pubblici di servizi di valore inferiore alla c.d. soglia di rilievo comunitario sono aggiudicati secondo la disciplina giuridica prevista per gli appalti di servizi di importo superiore alla predetta soglia (d.lgs. n. 163/2006, art. 121), con talune semplificazioni



procedurali (forme di pubblicità, requisiti di partecipazione, termini minimi per lo svolgimento delle procedure), in considerazione della più ristretta collocazione geografica degli operatori economici potenziali aspiranti interessati ad un appalto di minore valore.

La disciplina giuridica delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici c.d. sotto soglia è integrata dal regolamento statale chiamato a definire i requisiti di partecipazione (per espreso rinvio dell'art. 124, co. 7°, d.lgs. n. 163/2006) e dai regolamenti degli enti locali.

L'affidamento dell'incarico in oggetto dovrà pertanto avvenire previo esperimento di una procedura aperta, ristretta o, ove ne ricorrano i presupposti di legge, negoziata (d.lgs. n. 163/2006, art. 54).

5.1. Il presupposto dell'estrema urgenza per cause imprevedibili non imputabile all'amministrazione appaltante.

La deliberazione della Giunta regionale del Piemonte che approva la candidatura della Comunità montana richiedente e con cui sono comunicate le «indicazioni utili per la redazione del programma operativo» è stata adottata il 20 novembre 2007 e comunicata solo successivamente agli enti locali ammessi al cofinanziamento regionale (DGR Piemonte 20 novembre 2007, n. 4-7522).

Le risorse regionali che cofinanziano la redazione dei programmi operativi attuativi dei programmi territoriali integrati (cfr. Bando regionale "Programmi territoriali integrati" per gli anni 2006 – 2007, approvato con D.G.R.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

11 dicembre 2006, n. 55-4877, § 10) devono tuttavia essere «impegnate dai beneficiari finali entro il 31 dicembre 2007, pena la perdita delle risorse stesse» (Deliberazione C.I.P.E. 20 settembre 2004, n. 20, punto 6.7, ove si prevede che «le risorse (...) non impegnate entro il 31 dicembre 2007, attraverso obbligazioni giuridicamente vincolanti da parte dei beneficiari finali (...) saranno riprogrammate da questo Comitato»). L'esigenza che le risorse regionali siano impegnate entro il 31 dicembre 2007 impone che entro quella data sia altresì avvenuta la stipulazione del contratto per la redazione del programma operativo.

Il breve periodo di tempo di cui l'ente locale richiedente dispone per l'esperimento della procedura di scelta del contraente cui affidare l'incarico in oggetto pare costituire presupposto per l'indizione di una procedura negoziata ai sensi del d.lgs. n. 163/2006, art. 57, co. 2°, lett. c che consente tale procedura *«nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti»* (per la necessità di una «interpretazione oggettiva dei requisiti di necessità e urgenza» e per una puntuale motivazione del presupposto dell'estrema urgenza da ultimo: Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2006, n. 1526; Id., 27 ottobre 2005, n. 5996; Cons. Stato, sez. IV, 5 luglio 2002, n. 3697; Id., 19 aprile 2005, n. 1807; Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2001 n. 3213; Id. 9 dicembre 2002 n. 6764; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 23 agosto 2006, n. 7375; Corte conti, sez. contr., 9 gennaio 1996, n. 1, cfr. già Corte giust. CE, 27 ottobre 2005, cause riunite C-187/04 e C-188/04, *Commissione c. Italia*;



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Id., 14 settembre 2004, causa C-385/02, *Commissione c. Italia*, § 25 e s.; Id., 2 agosto 1993, causa C-107/92, *Commissione c. Italia*, § 12, e Id., 28 marzo 1996, causa C-318/94, *Commissione c. Germania*, § 14).

Il periodo di tempo (circa 30 giorni) di cui l'amministrazione appaltante dispone per l'individuazione del contraente pare incompatibile con i termini minimi imposti dalla legge per lo svolgimento di una procedura aperta o ristretta per l'affidamento di un appalto di servizi avente ad oggetto anche prestazioni di progettazione di lavori pubblici (d.lgs. n. 163/2006, art. 124, co. 6° e art. 77, co. 6°; Corte consti, sez. contr., 10 ottobre 1994, n. 99 e Id., 10 ottobre 1985, n. 1582).

Potrebbe apparire dubbia la riconducibilità dell'urgenza ad «eventi imprevedibili» in quanto determinata dalla durata di adempimenti procedurali comunque necessari e previsti dalla relativa disciplina giuridica: il procedimento amministrativo regionale per la redazione e approvazione della graduatoria e per l'assegnazione dei contributi (conclusosi con la D.G.R. Piemonte 27 settembre 2007, n. 12-7010) e la conseguente, ancorché tardiva emanazione del provvedimento regionale che definisce le indicazioni per la redazione del Programma operativo (D.G.R. Piemonte 20 novembre 2007, n. 4-7522 adottata a seguito di due successive deliberazioni regionali di proroga del termine di cui alle D.G.R. Piemonte 2 aprile 2007, n. 23-5618, e D.G.R. Piemonte 23 luglio 2007, n. 22-6485; cfr. Corte conti, sez. contr., 3 agosto 1996, n. 117).

Non sempre si è ritenuto che il fatto che l'urgenza sia stata determinata dal comportamento di un'altra pubblica amministrazione possa assicurare



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

l'oggettività del presupposto legittimante la procedura negoziata (secondo Cons. Stato, sez. IV, 10 gennaio 2006, n. 27 «oltre alla considerazione – non secondaria – che in ogni caso gli asseriti ritardi sono imputabili ad amministrazioni comunque facenti parti integrante del complesso delle amministrazioni e degli enti cooperanti per la realizzazione dei lavori in questione, non può non evidenziarsi che l'urgenza, che può giustificare l'omissione dei giusti procedimenti di evidenza pubblica, deve avere le caratteristiche della assoluta imprevedibilità e della non evitabilità altrimenti dei fatti o delle circostanze che la caratterizzano», *contra* Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. cons., 23 giugno 1992, n. 222/92, ritiene «indubbio che possa costituire motivo di eccezionale urgenza l'imminenza scadenza di un termine fissato dalla legge per la definizione del procedimento amministrativo, a pena di decadenza del relativo potere»).

L'ulteriore presupposto legittimante la procedura negoziata senza pubblicazione del bando secondo cui «le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti» (d.lgs. n. 163/2006, art. 57, co. 2°, lett. c) è stato ravvisato ove la situazione di estrema urgenza non fosse imputabile alla stessa amministrazione appaltante che intende stipulare il contratto (Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2005, n. 6392; Corte conti sez. contr., 17 marzo 1993, n. 33), escludendone invece la sussistenza ove l'urgenza fosse stata determinata dall'inerzia o dall'imprevidenza della medesima stazione appaltante (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2005, n. 5996; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 12 marzo 2007 n. 1781; Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 1996, n. 802; T.a.r. Molise, 5 aprile 1995, n. 74; T.a.r. Lazio, sez. II, 22



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

aprile 1994, n. 511; cfr. anche conl. Avv. Gen. Jacobs, 2 giugno 2005, *Commissione CE c. Italia*, causa C-525/03, § 61 e s.).

Nel caso in esame la situazione d'urgenza, ancorché determinata dalla durata del procedimento amministrativo di valutazione delle proposte di piani territoriali integrati svolto da un'altra amministrazione pubblica (la Regione Piemonte), non pare tuttavia doversi considerare imputabile alla Comunità montana richiedente (Cons. Stato, sez. I, 8 maggio 2002, n. 1035/02 richiede a tal fine la sussistenza di «situazioni obiettive, estranee all'amministrazione»).

5.2. L'indagine di mercato e la gara informale come fasi della procedura negoziata.

La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara è strutturata in due fasi: la prima (c.d. indagine di mercato) volta ad individuare gli operatori economici che posseggono i necessari requisiti morali, di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria e che pertanto possono essere invitati a presentare un'offerta; la seconda (c.d. gara ufficiosa o informale) volta a valutare comparativamente le offerte e ad individuare il contraente migliore (d.lgs. n. 163/2006, art. 57, co. 6°).

La selezione dei tre o più operatori economici cui inviare l'invito a presentare l'offerta avviene «nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione» (d.lgs. n. 163/2006, art. 57, co. 6°; da ultimo T.a.r. Lazio, Roma, sez. II-ter, 5 settembre 2007, n. 8535). L'amministrazione appaltante può individuare gli operatori economici da invitare avvalendosi di un elenco di fornitori formato



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

in conformità alla disciplina di legge (d.lgs. n. 163/2006, art. 45), degli albi professionali i cui iscritti siano in possesso dei requisiti di qualificazione necessari per lo svolgimento della prestazione o, in alternativa, condurre un'indagine di mercato le cui modalità di svolgimento non sono specificate da alcuna norma e devono essere conformi ai menzionati principî di trasparenza, concorrenza, rotazione.

L'indagine di mercato può essere avviata, ad esempio, con la pubblicazione di un avviso pubblico con cui viene stabilito un termine entro cui gli operatori economici possono manifestare il proprio interesse ad essere invitati a presentare un'offerta per l'incarico di redazione del programma operativo. La pubblicazione dell'avviso non è soggetta agli obblighi di pubblicità previsti dal *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 163/2006, art. 66) poiché non è un bando di gara bensì l'atto di avvio dell'indagine di mercato e pertanto le forme di pubblicità dell'avviso sono autonomamente individuate dall'amministrazione appaltante (cfr. d.lgs. n. 163/2006, art. 66, co. 15°).

La redazione del programma operativo è prestazione di servizi (in parte di progettazione, in parte di «servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria anche integrata, all'urbanistica e alla paesaggistica» o di «servizi affini di consulenza scientifica e tecnica» di cui all'allegato IIA, categoria 12, d.lgs. n. 163/2006) che impone di richiedere ai partecipanti adeguata qualificazione professionale (laurea in ingegneria o architettura, iscrizione all'albo professionale, ecc.; cfr. TAR Veneto, sez. II, ord. 28 settembre 2005, n. 3600 e Cons. Stato, sez. VI, ord. 11 maggio 2005 n. 2379 sull'equipollenza delle lauree in architettura ed ingegneria civile per l'accesso alla professione di architetto; Cons. Stato, sez. IV, 23 gennaio



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

2002, n. 391) ma non consente discriminazioni in ordine alla forma giuridica assunta dal professionista che può essere singolo, associato, socio o dipendente di una società di professionisti o di una società di ingegneria, come definite dal d.lgs. n. 163/2006, art. 90, co. 2°, lett. a) e b). Assume rilievo determinante la qualificazione professionale del soggetto firmatario delle prestazioni di progettazione incluse nel programma operativo, mentre è indifferente la forma giuridica dell'organizzazione entro cui questo opera (Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2288; Id., 22 aprile 2002, n. 2191; Id., sez. VI, 14 maggio 2002, n. 4434; T.a.r. Umbria, 31 gennaio 1998, n. 136).

La procedura negoziata prende avvio con l'invio delle lettere di invito a presentare le offerte agli operatori economici selezionati a seguito dell'indagine di mercato, i quali sono «contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta» (d.lgs. n. 163/2006, art. 57, co. 6°).

La lettera d'invito deve contenere una definizione non discriminatoria dell'oggetto dell'appalto (c.d. specifiche tecniche) che non abbia cioè l'effetto di favorire determinati prestatori di servizi a scapito di altri (da ultimo T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. III, 30 maggio 2006, n. 1354); la fissazione di un congruo termine per la presentazione dell'offerta, sufficiente a consentirne l'elaborazione ma coerente altresì con l'estrema urgenza che caratterizza la procedura; la previsione di criteri di aggiudicazione che individuino gli elementi che saranno oggetto di valutazione con modalità tali da consentire una comparazione obiettiva delle offerte che devono necessariamente tradursi in parametri numerici.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Nella procedura di affidamento dell'incarico di redazione del programma operativo – che prevede prestazioni di progettazione ai sensi del d.lgs. n. 163/2006, art. 91 – il confronto concorrenziale deve svolgersi in relazione ai *curricula* degli aspiranti contraenti secondo criteri oggettivi predeterminati dall'amministrazione appaltante e non esclusivamente sulla offerta economica. Il giudice amministrativo ha infatti precisato che risulta «illegittimo il bando di gara che assegna rilevanza ad elementi del tutto estranei a quelli meramente curriculari, e in particolare alla percentuale di ribasso sul presumibile costo della progettazione, spese ed accessori» (Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 1999, n. 64). Nell'esercizio della propria autonomia negoziale, la stazione appaltante individua gli elementi del *curriculum* che ritiene rilevanti e definisce i pesi da attribuire a ciascuno di essi: si possono prendere in considerazione e valutare le precedenti commesse, pertinenti all'oggetto dell'appalto, eseguite dall'aspirante contraente sia sotto il profilo quantitativo (importo economico delle prestazioni eseguite) che qualitativo (tipologia, caratteristiche e modalità di esecuzione delle prestazioni), la qualificazione e l'esperienza professionale dei partecipanti, le modalità di esecuzione delle prestazioni oggetto dell'incarico da aggiudicare.

Nelle more di approvazione del nuovo regolamento governativo attuativo del *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 163/2006, art. 5), l'amministrazione appaltante può utilmente fare riferimento agli elementi di valutazione delle offerte per l'affidamento di incarichi di progettazione predeterminati dal d. P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, art. 64 che attribuisce rilevanza alla valutazione della «professionalità desunta dalla documentazione grafica, fotografica e descrittiva» di analoghi servizi già svolti dall'offerente, alle «caratteristiche qualitative e



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

metodologiche dell'offerta desunte dall'illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico e dai curriculum dei professionisti», al «ribasso percentuale indicato nell'offerta economica» e, in misura minore e solo eventuale, alla riduzione percentuale del tempo di esecuzione della prestazione (d.P.R. n. 554/1999, art. 64, co. 2°-3°).

La lettera d'invito deve a tal fine distinguere chiaramente i requisiti di partecipazione, la cui sussistenza è condizione necessaria ed indefettibile per l'ammissione alla procedura comparativa, dagli elementi del *curriculum* che saranno valutati e che, una volta espressi in termini numerici in applicazione dei criteri di aggiudicazione previsti, determineranno la graduatoria finale (da ultimo: T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 20 aprile 2006, n. 1981; Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2001, n. 3187).

L'amministrazione appaltante sceglie quindi l'operatore economico che ha presentato la migliore offerta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti. La scelta del contraente consegue all'applicazione non discriminatoria dei criteri di aggiudicazione e deve pertanto essere motivata (Comunicazione interpretativa della Commissione CE, *relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»* cit., § 2.2; v. Corte giust. CE, sez. II, 24 novembre 2005, causa C-331/04; Cons. Stato, sez. V, 13 agosto 2007, n. 4451; Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2005, n. 6759; Id., 7 settembre 2001, n. 4673; T.a.r. Emilia-Romagna, Parma, 28 maggio 2007, n. 385; T.a.r. Piemonte, sez. I, 14 gennaio 2004, n. 24).



6. Conclusioni.

La Comunità montana richiedente ha ottenuto il finanziamento regionale per la redazione del programma operativo attuativo del Programma territoriale integrato (PTI) il cui contenuto è definito dal Bando regionale "Programmi integrati territoriali per gli anni 2006-2007" (par. 10.2) approvato con D.G.R. Piemonte 11 dicembre 2006, n. 55-4877.

La redazione del piano operativo si compone di prestazioni consistenti in attività di progettazione di lavori (gli studi di fattibilità) sottoposte alla specifica disciplina dettata dal d.lgs. n. 163/2006, art. 90 e s. nonché di prestazioni di servizi (la relazione descrittiva, il quadro finanziario) «attinenti all'architettura e all'ingegneria anche integrata, all'urbanistica e alla paesaggistica» o di «servizi affini di consulenza scientifica e tecnica» di cui all'allegato IIA, categoria 12, d.lgs. n. 163/2006 che sono da aggiudicarsi secondo le modalità previste in via generale dal d.lgs. n. 163/2006.

Atteso che l'importo dell'incarico è inferiore alla soglia di rilievo europeo ma superiore a € 100.000 e che non pare agevole – per la connessione delle diverse prestazioni di servizi necessarie a redigere il programma operativo – frazionare l'incarico, affidando separatamente le prestazioni di progettazione ai sensi del d.lgs. n. 163/2006, art. 91 e le prestazioni di servizi non costituenti attività di progettazione (secondo quanto previsto dal d.lgs. n. 163/2006, art. 124 e 125), occorre individuare la disciplina giuridica applicabile all'affidamento unitario dell'incarico di redazione del programma operativo.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

In particolare è da ritenere che il rinvio alle ordinarie procedure di aggiudicazione per la scelta del contraente operato dal d.lgs. n. 163/2006, art. 91, co. 1° per gli incarichi di progettazione di importo superiore a € 100.000 debba essere riferito esclusivamente alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi c.d. sotto soglia (d.lgs. n. 163/2006, art. 121 e 124) e non anche alla possibilità di acquisizione in economia delle stesse che si pone quale alternativa all'appalto per le tipologie di servizi indicati nel regolamento dell'amministrazione appaltante (d.lgs. n. 163/2006, art. 125).

La disciplina dei servizi di progettazione si pone infatti in rapporto di specialità rispetto a quella più generale di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 124 e consente l'affidamento dell'incarico previa procedura negoziata con invito ad almeno cinque operatori economici solo per incarichi di importo inferiore a € 100.000 (d.lgs. n. 163/2006, art. 91, co. 2°), mentre un'interpretazione che ammettesse la procedura negoziata (acquisizione in economia mediante contratto di cottimo *ex* d.lgs. n. 163/2006, art. 125, co. 11°) anche per incarichi di importo superiore a € 100.000 si porrebbe in contrasto con la disciplina speciale di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 91, co. 2° che prevede una soglia economica inferiore (€ 100.000) a quella prevista come limite per l'acquisizione in economia (€ 211.000).

L'affidamento unitario di prestazioni di servizi aventi diversa disciplina giuridica (servizi di progettazione e servizi diversi di cui al d.lgs. n. 163/2006, allegato IIA, categoria n. 12) non pare consentire l'applicazione della disciplina ordinaria che include la possibilità di acquisizione in economia delle prestazioni (d.lgs. n. 163/2006, art. 124-125) che potrebbe risolversi in un'elusione della



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

disciplina speciale dettata per gli incarichi di progettazione nonché in una violazione del divieto di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 91, co. 8°.

Sembra dunque opportuno dedurre l'incarico di redazione del programma operativo come oggetto di un appalto pubblico di servizi di importo inferiore alla c.d. soglia europea (d.lgs. n. 163/2006, art. 124).

Nel caso di specie, il procedimento amministrativo regionale per l'approvazione della graduatoria dei PTI ammessi al finanziamento regionale e per la definizione delle indicazioni necessarie alla redazione dei programmi operativi si è concluso solo il 20 novembre 2007 (D.G.R. Piemonte 27 settembre 2007, n. 12-7010 e D.G.R. Piemonte 20 novembre 2007, n. 4-7522) tuttavia le risorse regionali che finanziano la redazione dei programmi operativi vanno «impegnate dai beneficiari finali entro il 31 dicembre 2007, pena la perdita delle risorse stesse» (Deliberazione C.I.P.E. 20 settembre 2004, n. 20, punto 6.7).

Il breve periodo di tempo di cui la Comunità montana dispone per l'esperimento della procedura di scelta del contraente cui affidare l'incarico in oggetto può costituire «estrema urgenza» non imputabile all'ente stesso e pare consentire l'indizione di una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara prevista dal d.lgs. n. 163/2006, art. 57, co. 2°, lett. c.

L'amministrazione appaltante sarà dunque tenuta ad individuare gli operatori economici previa indagine di mercato (eventualmente pubblicando un avviso per raccogliere le manifestazioni di interesse, consultando propri elenchi di fornitori o gli albi professionali) e contemporaneamente inviterà quelli in possesso dei requisiti di qualificazione necessari allo svolgimento dell'incarico di



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

redazione del programma operativo «a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta» (d.lgs. n. 163/2006, art. 57, co. 6°).

Al fine di individuare l'offerta migliore in applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa l'amministrazione appaltante potrà ricorrere alla disciplina di cui al d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, art. 64 per definire gli elementi cui attribuire un punteggio per l'affidamento dell'incarico.

Riteniamo con quanto detto di avere esaurito le questioni poste. Rimaniamo comunque a disposizione per ogni chiarimento, integrazione o approfondimento e cogliamo l'occasione per porgere i migliori saluti.