

# DPCM 29 aprile 1994

## Direttiva in materia di appalti e forniture pubbliche

1.0 - Legge quadro in materia di lavori pubblici (legge 11 febbraio 1994, n. 109)

### 1.

L'art. 38, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, distingue tra disposizioni compiute, che trovano immediata applicazione con l'entrata in vigore della legge (6 marzo 1994), e disposizioni incompiute, la cui operatività è differita all'emanazione del regolamento governativo di cui all'art. 3 della legge stessa, al quale si demanda il compito di assicurare lo sviluppo e il completamento della disciplina.

Restano salve ai sensi dell'art. 1, comma 2, nelle aree riservate alle regioni, le competenze delle leggi regionali.

Il decreto-legge n. 257 del 1994 (art. 71) ha, poi, disposto che è comunque differita, fino alla data di emanazione del predetto regolamento, la efficacia della nuova disciplina in tema di progettazione (art. 16, commi da 1 a 5) e la regola che prescrive la obbligatoria stipulazione a corpo e non a misura dei contratti di appalto (art. 19, comma 4).

E' altresì rinviata alla data di entrata in vigore dello stesso regolamento la norma (art. 24, comma 6) che vieta l'affidamento di lavori in economia per importi superiori a 30.000 ECU (al netto di IVA). Sono sottratti, per espressa volontà legislativa (art. 38), alle prescrizioni - complete e non - della nuova legge (ad eccezione di talune disposizioni alle quali si farà riferimento nell'ulteriore corso dell'esposizione: v. I numeri 2 e 16) i contratti di appalto già stipulati, ancorché non ancora approvati (tra i contratti stipulati, vanno anche ricompresi, ai sensi dell'art. 16 del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2240, quelli per i quali risulti intervenuta aggiudicazione a conclusione di procedure di pubblici incanti o licitazione privata).

Quanto alle concessioni (d'ora innanzi di costruzione e gestione: art. 19, comma 2) va rilevato che sono da considerare già affidate (e si sottraggono, di conseguenza, all'impero della nuova normativa) quelle per le quali risulti intervenuta anche la stipula della apposita convenzione.

Per ciò che attiene ai contratti aventi ad oggetto la progettazione di lavori pubblici, sono da ritenere stipulati quelli sottoscritti sia dalla amministrazione che dall'altro contraente. Non è prescritta, anche in questo caso, la approvazione del contratto.

Ciò posto, si procederà ora alla valutazione delle prime problematiche emerse, in vista della identificazione, soprattutto, delle norme di immediata applicazione e di quelle ad efficacia differita.

### 2. Istituzione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (art. 4, comma 1)

La norma è da ritenere immediatamente operativa sia per quanto concerne la istituzione del nuovo organismo, sia per quanto si riferisce alla organizzazione (centrale e periferica) che dovrà operare alle dipendenze dello stesso (segreteria tecnica, servizio ispettivo, Osservatorio dei lavori pubblici). Sono da considerare anche operative - e dovranno essere disimpegnate via via che si procederà alla istituzione dell'Autorità e dei nuovi uffici - tutte le competenze affidate all'Autorità e alle strutture dipendenti.

E' da ritenere che i poteri di vigilanza dell'Autorità e degli uffici dipendenti (da esplicitare secondo modalità che in sede regolamentare potranno conseguire più precise puntualizzazioni) andranno esercitati - per le particolari finalità d'ordine pubblico che ispirano la disposizione - anche nei confronti dei contratti stipulati prima della entrata in vigore della nuova legge.

### 3. Modifica dell'organizzazione e delle competenze del Consiglio superiore dei lavori pubblici (art. 6)

La norma, che ridefinisce il ruolo e la posizione, nel sistema amministrativo, del Consiglio superiore dei lavori pubblici, confermandone la natura di massimo organo tecnico consultivo, è operante sin dalla entrata in vigore della legge.

Debbono, perciò, ritenersi immediatamente confluite nel Consiglio, insieme alle precedenti, anche le nuove attribuzioni previste dalla legge (parere obbligatorio su tutti i contratti di valore superiore a 100 milioni di ECU; parere vincolante in ordine alla sussistenza delle condizioni per procedere ad appalto concorso, ecc.).

### 4. Responsabile del procedimento (art. 7, commi 1, 2 e 3)

La figura professionale del responsabile del procedimento (art. 7, comma 1) sarà definita dalla normativa regolamentare di cui all'art. 3 della legge. Nel frattempo trova applicazione la disciplina desumibile dalle norme generali dettate in materia dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 (articoli 4, 5 e 6).

Già in questa fase il responsabile del procedimento dovrà esercitare anche le nuove funzioni attribuitegli dalla legge n. 109 del 1994: comunicazione delle varianti in corso d'opera all'Autorità e al progettista (art. 25, comma 1, lettera c)); proposta di conciliazione per l'immediata soluzione delle controversie (art. 32, comma 1); ecc.

## **5. Conferenza di servizi (art. 7, commi 4, 5 e 7)**

La disposizione - che introduce in tema di conferenze di servizi talune disposizioni derogatorie o integrative di quelle, di carattere generale, della legge sul procedimento (n. 241 del 1990) - dispiega immediatamente la sua efficacia.

Conseguiranno, invece, operatività solo al sopravvenire del regolamento le disposizioni - incompiute - che demandano a tale strumento la disciplina delle forme di pubblicità degli atti e dei lavori della conferenza (comma 6).

## **6. Cause di esclusione e qualificazione dei concorrenti (articoli 8 e 9)**

6.1. Vanno ricondotte tra le norme incompiute quelle dell'art. 8 della legge n. 109 del 1994 miranti ad ottenere, al più tardi entro il 31 dicembre 1996, l'introduzione di un nuovo sistema di qualificazione delle imprese, fondato su accertamenti demandati ad enti pubblici di accreditamento e ad organismi di certificazione pubblici e privati (commi 1 e 3).

La precisa delimitazione del nuovo assetto (sostitutivo di quello attuale, imperniato sulle certificazioni dell'Albo nazionale dei costruttori) resta attribuita all'apposito regolamento di cui è parola ai commi 2, 4, 5 e 6 dell'art. 8.

Prima del passaggio al nuovo regime definitivo (e, perciò, nella fase transitoria) è prevista, tuttavia, una modifica dell'attuale disciplina (art. 9) volta a introdurre più rigorosi requisiti di carattere tecnico ed economico per la qualificazione dei concorrenti; anche questa disciplina (fondata ancora sull'intervento dell'Albo nazionale dei costruttori) non potrà ottenere applicazione sino a che le norme integrative non saranno state prodotte con i congegni secondari di cui all'art. 9 della legge.

6.2. Sono, invece, immediatamente operanti nell'ordinamento - sin dalla data di emanazione della legge - la disposizione che pone il divieto di operatività degli albi speciali e di fiducia delle singole amministrazioni (comma 8) e quella (comma 7) relativa ai requisiti morali richiesti per l'affidamento di lavori pubblici.

La competenza alla valutazione dei requisiti morali - oggi definiti dalle lettere a) ed f) del citato comma 7 con proposizioni in larga parte reiterative dei precedenti precetti della legge n. 57 del 1962 - resta ancora (v. comma 10), in via transitoria, affidata all'Albo nazionale dei costruttori.

La legge, peraltro, prescrive che il possesso dei requisiti per l'iscrizione all'Albo (e la sussistenza, quindi, delle condizioni che consentono di partecipare alle procedure per l'affidamento dei lavori) debbono sussistere anche nel momento nel quale si procede all'affidamento dell'appalto.

E' da riconoscere, pertanto, pure alla stazione appaltante (in considerazione anche della durata di validità del certificato rilasciato dall'Albo: un anno) il compito di provvedere alla valutazione di dati, successivi al rilascio del certificato, sui quali l'Albo non è stato in condizione di portare il suo esame.

Già in precedenza la legge n. 57 del 1962 - in vista di assicurare alla stazione appaltante la possibilità di procedere alla valutazione di tali fatti, non conosciuti dall'Albo - richiedeva la produzione del certificato generale del casellario giudiziario.

In aggiunta a tale documento deve ritenersi obbligatoria, oggi, anche la produzione del certificato dei carichi pendenti; ciò in considerazione del fatto che successive disposizioni (confermate dalla legge-quadro sugli appalti) attribuiscono rilevanza anche ai procedimenti penali e di prevenzione in corso.

E' da riconoscere, di conseguenza, alle stazioni appaltanti il compito di valutare i fatti sopraggiunti al rilascio del certificato dell'Albo, al fine di decidere della ammissione - o meno - alle procedure.

Le singole stazioni appaltanti provvederanno, naturalmente, alle valutazioni di loro competenza, tenendo conto degli orientamenti interpretativi del Comitato centrale dell'Albo in tema di iscrizione, sospensione e cancellazione.

Al fine di rendere avvertiti i concorrenti degli oneri di documentazione ai quali sono tenuti, è opportuno che le stazioni appaltanti richiedano, nel bando di gara e nella lettera d'invito, il deposito dei certificati del casellario giudiziario e dei carichi pendenti (certificati dei quali dovrà essere reiterata la produzione prima della stipula del contratto).

6.3. Con riferimento alla lettera b) del citato comma 7 dell'art. 8 è utile chiarire quale sia il momento a partire dal quale il procedimento penale deve considerarsi pendente.

Al riguardo occorre che l'azione penale sia esercitata nei modi e nei termini indicati dall'art. 405 del codice di procedura penale poiché soltanto a seguito di tale esercizio viene ad incardinarsi un procedimento, in senso proprio, innanzi al giudice penale (cfr. Consiglio di Stato - Sez. II, 18 ottobre 1989, n. 953).

Ed è parimenti solo da tale atto che il procedimento stesso potrebbe venir menzionato quale carico pendente nel relativo certificato (arg. ex art. 129 disp. att. c.p.p.).

## **7. Soggetti ammessi alle gare (articoli 10, 11, 12, 13)**

Le norme in esame individuano i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei lavori pubblici, attraverso la ricognizione di figure soggettive già note e disciplinate dalla normativa vigente. La disposizione è di immediata applicazione, salvo che per i consorzi stabili (nuova figura, quest'ultima, che

il regolamento dovrà disciplinare per quanto attiene alla struttura organizzativa e per quanto concerne le modalità di qualificazione).

### **8. Programmazione dei lavori pubblici (art. 14)**

La norma - che innova profondamente la materia della programmazione regolata, fino ad oggi, da discipline di settore spesso incomplete - è fra quelle che entrano subito in vigore non essendo previsti integrazioni o completamenti in sede regolamentare.

Di qui l'obbligo di avviare, con effetto immediato, tutte le attività preparatorie ed istruttorie finalizzate alla formulazione dei programmi triennali nei termini e nei modi previsti dalla legge.

Occorre, peraltro, tener presente che è da escludere che il primo programma triennale possa comprendere anche l'anno in corso; ciò anche per la necessità di predisporre, a cura del Ministro dei lavori pubblici, lo schema di programma previsto dal comma 5 dell'art. 14.

Pertanto, la nuova programmazione prevista dalla legge, compresi i suoi effetti limitativi e condizionati (ci si riferisce, in particolare, al divieto di inserire nei programmi interventi che non siano conformi agli strumenti urbanistici), potrà trovare applicazione solo a decorrere dall'inizio del prossimo anno solare.

### **9. Competenze dei consigli comunali (art. 15)**

La norma, attributiva di nuove competenze al consiglio comunale, modifica, con effetto immediato, l'attuale riparto di attribuzioni tra consiglio e giunta.

#### 2.0 - Art. 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537 (contratti di fornitura di beni e servizi)

L'art. 6 della legge n. 537 del 1993 (interventi correttivi di finanza pubblica), come modificato dall'art. 71, comma 2, del decreto-legge n. 257 del 1994, apporta innovazioni alla disciplina concernente la stipulazione e l'esecuzione dei contratti delle pubbliche amministrazioni in tema di forniture di beni e servizi.

#### 2.1. Destinatari della disciplina

La nuova normativa trova applicazione nei confronti delle amministrazioni pubbliche elencate nell'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 .

La stessa disciplina si applica, giusta quanto dispone lo stesso art. 6, comma 13, anche ai contratti di forniture di beni e servizi posti in essere dai concessionari di servizi pubblici, dai concessionari di costruzione e di gestione, nonché dalle aziende municipalizzate (rectius: aziende speciali degli enti locali).

#### 2.2. Disciplina di regime - Giudizio di congruità

2.1. Le disposizioni dei commi da 2 a 5 recano l'assetto di regime applicabile a norma del comma 3, a decorrere dal quarantunesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge, a tutti i contratti nuovi. Vanno considerati contratti nuovi anche quelli già stipulati prima di tale data ma non ancora approvati (semprèché, beninteso, si tratti di negozi soggetti ad approvazione).

Sono da assimilare ai contratti nuovi anche gli atti aggiuntivi eccedenti il c.d. quinto d'obbligo.

2.2. L'aspetto innovativo saliente, che contrassegna la disciplina di regime, è l'introduzione di un'apposita fase procedimentale culminante in un giudizio di congruità da effettuare ponendo a confronto, nei singoli casi, il prezzo, ipotizzato in concreto, con quelli di riferimento pubblicati in apposito elenco, in conformità a quanto stabilisce il comma 2.

E' evidente che l'elenco predisposto potrà indicare prezzi anche differenziati per le stesse prestazioni, rese, spesso, in circostanze e condizioni (ambientali, territoriali, ecc.) dissimili.

L'elenco potrà, inoltre, indicare - per l'evidente impossibilità di prefigurare, immancabilmente, tutte le varianti ipotizzabili - anche prezzi di riferimento compresi fra un minimo ed un massimo.

I prezzi di riferimento - come è chiarito dal comma 2 dell'art. 71 del decreto-legge n. 257 del 1994 - non si manifestano come limite invalicabile per i prezzi dei singoli contratti, ma costituiscono solo un parametro indicativo dal quale è possibile anche discostarsi, in ipotesi particolari, con adeguata motivazione, quando la peculiarità della fattispecie non consenta l'integrale allineamento ai prezzi pubblicati.

2.3. Il giudizio di congruità dei prezzi va condotto a norma del comma 4, nell'ambito di una autonoma fase procedimentale, assoggettata ai principi e alle regole del procedimento amministrativo (legge n. 241 del 1990); il procedimento deve concludersi nel termine fissato dalla legge (trenta giorni); devono pronunciarsi i competenti organi tecnici dell'amministrazione; deve essere nominato un funzionario responsabile della procedura (c.d. responsabile del procedimento); deve essere dato avviso dell'avvio del procedimento alla parte (che potrà partecipare alla procedura con proprie osservazioni); ecc.

2.4. La formulazione letterale dei commi 3, 4 e 5 lascia intendere che il procedimento finalizzato al giudizio di congruità si inserisce nella fase che precede l'approvazione del contratto (e, quindi, in un momento successivo alla stipulazione).

Nei contratti per i quali non è prevista l'approvazione - anch'essi sottoposti al nuovo regime stante la portata generale delle disposizioni in esame - è da ritenere che il giudizio di congruità possa trovar luogo nella fase della formazione del contratto, prima della stipulazione. E' anche ipotizzabile, in questo caso, la stipulazione di un contratto sottoposto alla condizione sospensiva del superamento del giudizio di congruità.

2.5. Le possibili conclusioni del giudizio di congruità sono le seguenti:

a) i prezzi vengono ritenuti congrui e pertanto segue, se non sussistano altri fatti ostativi, l'approvazione del contratto (o, a seconda dei casi, la stipulazione definitiva oppure il conseguimento di efficacia del contratto);  
b) i prezzi non vengono ritenuti congrui; a norma del comma 5, l'amministrazione propone alla controparte i nuovi prezzi determinati nel giudizio di congruità. Se il contraente accetta, il contratto viene definitivamente stipulato in conformità ai nuovi prezzi; in caso contrario, viene negata l'approvazione o, comunque, il contratto non viene concluso o non consegue efficacia.

2.6. Sempre con una disposizione di carattere chiarificativo, il comma 2 dell'art. 71 del decreto-legge n. 257 del 1994 dispone che il giudizio di congruità debba trovar luogo anche in assenza dei prezzi di riferimento. Su questa linea già si muoveva - anche se con un linguaggio meno esplicito - il comma 3 dell'art. 6 della legge n. 537 del 1993 che imponeva la effettuazione del giudizio di congruità dei nuovi contratti, a decorrere dal quarantunesimo giorno dall'entrata in vigore della legge, anche in assenza della pubblicazione dei prezzi di riferimento.

La nuova disposizione dell'art. 71 del decreto-legge n. 257 provvede, peraltro, ad enunciare, questa volta, anche il parametro alternativo al quale i prezzi dei singoli contratti dovranno essere confrontati qualora non risultino ancora disponibili i prezzi di riferimento (da pubblicare ai sensi del comma 2 del citato art. 6). Il parametro alternativo è indicato dalla legge nei prezzi correnti di mercato, prezzi da individuare attingendo, ad esempio, ai listini ufficiali delle Camere di commercio, agli esiti delle ricerche condotte direttamente dalle amministrazioni, ai prezzi di precedenti contratti di eguale oggetto (meglio se già verificati sul piano della congruità), ecc.

2.7. Nell'ipotesi in cui, per determinati contratti, normative di carattere speciale già prevedano un giudizio di congruità, tale giudizio continuerà a svolgersi secondo i parametri di valutazione e le regole per essi dettati. E' da ritenere inoltre che i giudizi di congruità dell'art. 6 della legge n. 537 del 1993 non possono trovare applicazione per contratti tra pubbliche amministrazioni e nelle ipotesi in cui esista un regime amministrato o controllato dei prezzi.

Non sembra, altresì, consentito far luogo ai predetti giudizi - fondati sui prezzi di riferimento o sui prezzi correnti di mercato - anche nelle ipotesi nelle quali sussista, per il carattere atipico delle prestazioni (forniture di prodotti ad alta tecnologia, forniture militari di armamenti e simili), per le località in cui si manifesta l'esigenza di acquisire la fornitura o il servizio (acquisti all'estero, ad es., in area di crisi) ecc., l'oggettiva impossibilità di utilizzare uno o entrambi i parametri di cui all'art. 6.

Sembra offrire il conforto del dato positivo, a talune almeno di queste ultime ipotesi, il comma 2 dell'art. 71 del decreto-legge n. 257 del 1994 nel punto in cui esclude l'utilizzabilità, come parametro, dei prezzi correnti di mercato qualora - per l'inesistenza di un mercato in senso proprio - detti prezzi risultino insussistenti. Resterà evidentemente interdetta, in tali casi, anche l'utilizzabilità dei prezzi di riferimento di cui al comma 2 del citato art. 6 della legge n. 537 del 1993, in quanto questi ultimi assumono a loro necessario e immancabile presupposto i prezzi di mercato.

2.8. (omissis)

3.1. Una disciplina particolare è dettata per i contratti ad esecuzione continuata e periodica (comma 6). Si prevede, per tali contratti - oltre all'effettuazione, al momento della stipula, del giudizio di congruità (come in qualunque altra fattispecie contrattuale) - l'esecuzione, nel corso del rapporto, di periodiche verifiche; ciò allo scopo di accertare se, anche per le prestazioni ancora da eseguire, permanga inalterato nel tempo il rapporto tra prestazioni ancora da effettuare e corrispettivo dovuto dall'amministrazione (corrispettivo riconosciuto congruo all'atto della stipula e nelle valutazioni periodiche, in ipotesi, già compiute). Non risultando precisato nella legge con quali cadenze le verifiche periodiche debbono essere eseguite; il punto va definito in apposita clausola da inserire nel contratto.

3.2. Ogni volta che maturi la scadenza prevista, l'amministrazione è chiamata a procedere alla verifica prescritta ponendo a confronto, tra di loro, i prezzi contrattuali e quelli di riferimento vigenti nel momento in cui la verifica viene effettuata.

A tali operazioni si procederà, anche in questo caso, in conformità di procedure ispirate alla legge sul procedimento amministrativo (legge n. 241 del 1990) acquisendo, in particolare, le valutazioni dei competenti organi tecnici dell'amministrazione.

3.3. Se si riscontri, alla scadenza prevista, che il prezzo contrattuale, attualmente praticato, supera il prezzo di riferimento (o, in mancanza di quest'ultimo, il prezzo corrente di mercato), si darà avvio a una procedura di revisione.

La detta operazione andrà condotta in conformità ai medesimi criteri da applicare nel giudizio di congruità di cui si è parlato in precedenza (v. 2.3).

Anche in questa ipotesi - in considerazione del carattere indicativo dei prezzi di riferimento - dovrà riconoscersi all'amministrazione la possibilità di dar vita ad un nuovo prezzo (o alla conferma dell'originario), anche con discostamento dai prezzi di riferimento di cui al comma 2 dell'art. 6 (o da quelli correnti di mercato), quando peculiari circostanze, apprezzate con adeguata motivazione, impongano l'anzidetta conclusione.

3.4. Alla parte che ritenga di non sottostare al nuovo prezzo, fissato in sede di revisione, si riconosce la facoltà di recedere dal contratto (in un termine da fissare nella stessa clausola contrattuale di cui in precedenza si è detto: v. 3-1).

3.5. In caso di rifiuto del nuovo prezzo da parte del contraente con il quale il rapporto è in corso (e conseguente recesso di questo ultimo), la legge vieta all'amministrazione di concludere con altri - per le prestazioni ancora da eseguire - contratti retti da condizioni più vantaggiose di quelle proposte, dopo la revisione, all'originario contraente; ciò nell'intento di tutelare quest'ultimo da comportamenti sleali o disattenti dell'amministrazione che lo costringano a recedere ingiustamente dal contratto.

## **2.4. Revisione di contratti in corso di esecuzione**

4.1. Ha carattere di disciplina transitoria quella (commi da 28 a 32) relativa ai contratti, stipulati dopo il 1° gennaio 1992 (comma 33) la cui esecuzione non abbia ancora raggiunto il quarto dell'importo complessivo alla data di entrata in vigore della legge.

Si prevede in questo caso, ove il prezzo contrattuale (o, nel caso di procedura concorsuale, il prezzo a base d'asta) superi del 15 per cento gli attuali prezzi di riferimento (depurati dal tasso di inflazione relativo al periodo compreso tra la data di stipula del contratto e la data di revisione), l'effettuazione di un giudizio sulla congruità del prezzo. Il superamento del detto limite costituisce presupposto imprescindibile per procedere al giudizio di congruità.

Nell'ambito di tale giudizio, naturalmente (come in ogni altro caso) i prezzi di riferimento continueranno ad operare come parametri indicativi. Il giudizio di congruità potrà, perciò, concludersi, anche in questo caso, riconoscendosi, con adeguata motivazione, la congruità di un prezzo superiore a quello di riferimento o, addirittura, la congruità del prezzo originario.

4.2. Nell'ipotesi in cui i prezzi di riferimento non risultino pubblicati, l'accertamento dell'eventuale superamento del 15 per cento e la successiva valutazione di congruità andranno condotti utilizzando prezzi correnti di mercato, così come dispone l'art. 71, comma 2, del decreto-legge n. 257 del 1994.

4.3. Il giudizio di revisione può essere evitato nell'ipotesi in cui il contraente sia disponibile ad accettare una riduzione del prezzo contrattuale pari al 10 o al 20 per cento, a seconda che l'importo contrattuale sia inferiore o superiore a 500 milioni.

Ai fini dell'individuazione della base sulla quale le anzidette riduzioni (del 10 o 20 per cento) vanno applicate, occorre prendere in considerazione il prezzo contrattuale senza tener conto dell'eventuale ribasso offerto. In applicazione di tale regola, non potranno venire assoggettati a procedimento di revisione gli appalti aggiudicati, a seconda dei casi, con ribassi del 10 o del 20 per cento o superiori.

Per i contratti ai quali siano stati applicati, in sede di aggiudicazione, ribassi inferiori al 10 o 20 per cento il prezzo contrattuale andrà ridotto fino alla concorrenza della percentuale stabilita dalla legge.

4.4. Con l'applicazione della riduzione ora ricordata (del 10 o del 20 per cento) si riconosce ricostituito ex lege l'equilibrio contrattuale anche per la parte del contratto già eseguita a tutti gli effetti giuridici ivi compresi quelli di responsabilità contabile.

4.5. Ove la parte non ritenga di consentire alla riduzione prevista del 10 o del 20 per cento, a seconda dell'importo contrattuale, prende avvio il giudizio di revisione del prezzo.

Se tale operazione valutativa (da condurre con riguardo ai prezzi di riferimento pubblicati o al parametro alternativo avanti menzionato) si conclude con un giudizio di non congruità del prezzo, possono prodursi due evenienze:

- a) che il contraente non accetti il più ridotto prezzo risultante dal giudizio di congruità;
- b) che il contraente si dichiari disponibile ad accettare tale prezzo.

Nella prima eventualità il contratto trova ulteriore svolgimento alle condizioni originariamente stabilite, ma viene sanzionata l'indisponibilità della parte a riequilibrare il rapporto contrattuale, comminandosi ex lege

all'interessato, per un periodo di tre anni, l'interdizione a stipulare contratti di qualsiasi tipo con le pubbliche amministrazioni.

Nella seconda ipotesi (accettazione del nuovo prezzo) il riequilibrio si considera realizzato, come nell'ipotesi della riduzione immediatamente accolta dalla parte, anche con riferimento alle prestazioni già eseguite, salva l'applicazione del 2,5 per cento di cui è parola al comma 31.

#### 2.5. Rinnovazione dei contratti in scadenza

La legge sancisce il divieto della rinnovazione tacita dei contratti di fornitura e servizi. Una disposizione di carattere transitorio accorda peraltro, fino al 31 dicembre 1994, alle amministrazioni - con riferimento ai contratti in scadenza in tale anno suscettibili di rinnovazione tacita - la possibilità di richiedere (espressamente) la rinnovazione del rapporto contrattuale.

La detta rinnovazione - implicante la conclusione di un contratto svincolato dalle procedure previste dai commi da 2 a 15 - presuppone tuttavia (oltre alla insussistenza delle condizioni che renderebbero applicabili i procedimenti di cui ai commi da 28 a 38) la disponibilità della controparte a concordare - a parità di ogni altra condizione - una riduzione pari al 10 per cento dell'originario prezzo convenuto.

Un'ulteriore decurtazione del prezzo è prevista dall'ultimo periodo del comma 1 (con ambigua formula da sottoporre a una lettura restrittiva) e ciò nell'ipotesi in cui la riduzione del 10 per cento conduca ad un importo superiore ai prezzi di riferimento o - fino a quando tali prezzi non risulteranno adottati e pubblicati - al parametro alternativo (prezzi correnti di mercato).

In tali ipotesi dovrà essere accettato, in sede di rinnovazione del contratto, nel primo caso, un prezzo corrispondente a quello di riferimento e, nel secondo, un prezzo pari a quello corrente di mercato (desunto alla stregua dei criteri dei quali in precedenza si è fatto cenno).

La diversità della fattispecie in esame rispetto a quella dei contratti in corso di esecuzione e la mancanza di ogni richiamo al comma 32 (la disposizione nella quale è contemplata, appunto, tale sanzione) inducono a ritenere che il rifiuto della parte di consentire al rinnovo contrattuale non comporti l'interdizione triennale alla stipula di nuovi contratti con l'amministrazione.

#### **3.0 - Art. 6 della legge n. 537 del 1993 (appalti di opere pubbliche)**

Il Ministro dei lavori pubblici ha, con propria circolare, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 38 del 16 febbraio 1994, emanato norme interpretative a proposito delle disposizioni dell'art. 6 della legge n. 537 del 1993 in tema di appalti e concessioni di opere pubbliche.

#### **10. Progettazione, varianti, contratti a corpo (articoli 16, 19, comma 1, e 25)**

Il comma dell'art. 71 del decreto-legge n. 257 del 1994 - senza prendere posizione in ordine al carattere compiuto o incompiuto dell'art. 16 della legge n. 109 del 1994 - ha rinviato l'operatività dei commi da 1 a 5 del citato articolo alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'art. 3.

Ciò comporta che la nuova disciplina di cui alla legge n. 109 del 1994 - imperniata su una progettazione a più fasi, destinata a concludersi con una progettazione esecutiva caratterizzata dalla definizione, in ogni dettaglio, della futura opera - prenderà ad operare nell'ordinamento solo in concomitanza con l'entrata in vigore del regolamento di cui all'art. 3 citato.

E' da ritenere peraltro che nel regime transitorio, pur non essendo ancora obbligatoria una progettazione esecutiva, rigorosamente aderente al modello della nuova legge, vadano osservate regole che assicurino la predisposizione di progetti (anche quando il contratto successivo potrà essere stipulato a misura) caratterizzati da elementi sufficientemente precisi in ordine alla nuova opera e all'ammontare dei costi della stessa (art. 19, comma 1).

Al differimento di operatività dell'art. 16 (commi da 1 a 5) e dell'art. 19, comma 4 (la norma che impone, in via obbligatoria il contratto a corpo), non si è, infatti, accompagnato anche il rinvio della nuova disposizione, a struttura compiuta (e, perciò immediatamente operativa), dell'art. 25 che vieta ogni variazione del progetto nel corso della sua esecuzione salvo che la variante sia imposta da ius superveniens o da circostanze di forza maggiore (da accertare, peraltro - fino a quando il regolamento non sarà sopraggiunto - senza il rispetto delle particolari modalità che, in sede regolamentare, dovranno essere definite). Nel quadro delle disposizioni ad effetto differito in tema di progettazione vanno ricordate, altresì, le seguenti norme:

- art. 16, comma 6, relativo alla definizione, in sede regolamentare, di elementi progettuali relativi a specifiche categorie di lavori e di opere;
- art. 17, comma 5, concernente le modalità di calcolo e di liquidazione dei corrispettivi relativi alle attività di progettazione da definire con decreto del Ministro di grazia e giustizia, di concerto con il Ministro dei lavori pubblici;
- art. 17, comma 9, concernente la determinazione dei requisiti organizzativi, professionali e tecnici delle società di ingegneria, fermo restando che, in attesa dell'emanazione del regolamento, si continuerà a far riferimento ai principi finora elaborati dalla giurisprudenza.

## **11. Regole generali e procedure di scelta del contraente (articoli 19 e 20)**

11.1. Debbono ritenersi a trama completa (e perciò, destinate ad entrare immediatamente in vigore) le norme che prevedono il conferimento degli appalti di lavori pubblici con la procedura dei pubblici incanti o della licitazione privata.

11.2. E' da ritenere, parimenti, immediatamente operativa la regola che impone l'aggiudicazione, in caso di licitazione privata, con il criterio del prezzo più basso (o del massimo ribasso sull'elenco prezzi, posto a base di gara, nel caso di lavori di manutenzione periodica).

11.3. Sempre ad efficacia immediata sono le regole (art. 24) che individuano i casi in cui è consentito far luogo alla trattativa privata, distinguendosi tra contratti di importo inferiore a 150.000 ECU e contratti di importo superiore a tale somma, ma inferiori a 5 milioni di ECU.

Il silenzio della norma a proposito della trattativa privata per appalti di importo pari o superiore a 5 milioni di ECU va interpretato come divieto di utilizzazione della trattativa privata per i contratti di appalto di tale valore. Questa conclusione emerge chiaramente - oltre che da univoche indicazioni desumibili dal dibattito parlamentare - anche dal chiaro tenore del comma 3 dell'art. 20 che consente di fare ricorso alla trattativa privata esclusivamente nei casi .. previsti dalla presente legge.

11.4. Sono di immediata operatività le norme relative alla concessione (di lavori e gestione) e all'appalto concorso e quelle concernenti i procedimenti relativi alla loro aggiudicazione (l'offerta economicamente più vantaggiosa).

Questa conclusione non resta contraddetta dal fatto che la disciplina dell'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa risulti demandata alla normativa regolamentare per quanto attiene alla formulazione di un unitario parametro numerico finale e per quanto concerne le modalità dell'attività della commissione giudicatrice.

E' agevole osservare, per quanto concerne il primo punto, che la legge elenca direttamente e in forma analitica, sia per l'appalto concorso [(art. 21, comma 2, lettera a)] che per la concessione [(art. 21, comma 2, lettera b)], gli elementi ai quali va conferita rilevanza, nei due casi, ai fini della individuazione dell'offerta economicamente più conveniente e i congegni (capitolato speciale di appalto e bando di gara) ai quali spetta - avendo riguardo ai caratteri dell'opera da realizzare - di graduare i detti elementi.

Alla normativa regolamentare si affida solo il ruolo marginale (insuscettibile di frenare l'efficacia della disciplina primaria) di indicare le metodologie per la configurazione - non essenziale - di un unitario parametro numerico finale.

Quanto agli interventi demandati alla normativa regolamentare con riferimento alle modalità dell'azione delle commissioni giudicatrici (di cui la legge definisce composizione, tempi di costituzione ecc.: vedi commi da 5 a 8 dell'art. 21), va rilevato che tali commissioni saranno pienamente in condizione di espletare la loro attività, pur nell'assenza della normativa regolamentare, conformandosi ai principi elaborati dalla giurisprudenza in relazione a tali organismi e, più in generale, a quelli concernenti gli organi collegiali chiamati - come nella specie - all'effettuazione di operazioni valutative in attuazione di parametri prestabiliti.

## **12. Direzione dei lavori (art. 27)**

La nuova disciplina, che individua i soggetti cui può essere affidata l'attività di direzione dei lavori, nel caso in cui l'amministrazione non possa espletarla per carenza d'organico accertata e certificata dal responsabile del procedimento, è di immediata applicazione.

## **13. Garanzie e coperture assicurative (art. 30)**

La norma è di immediata applicazione quanto all'obbligatorietà delle garanzie e delle coperture assicurative. Fino all'emanazione del regolamento va applicata, tuttavia, la disciplina transitoria di cui al comma 3 dell'art. 38 che demanda ai soggetti appaltanti la determinazione delle modalità relative alle garanzie e coperture predette.

Ai fini della definizione di tali modalità dovrà tenersi conto della dimensione e tipologia dell'intervento da realizzare e di ogni altro elemento significativo ai fini della copertura dei rischi.

Va soggiunto che, per i progetti già approvati alla data di entrata in vigore della legge, non sussiste l'obbligo della assicurazione (art. 30, comma 5), considerato che la stessa deve far data dall'approvazione del progetto.

## **14. Definizione delle controversie (art. 32)**

La disposizione è di immediata applicazione. Il tentativo di conciliazione obbligatorio, destinato a prevenire la lite e, comunque, ad assicurare l'immediata soluzione dell'insorta controversia, è affidato al responsabile del procedimento.

## **15. Subappalto (art. 34)**

La norma, sostitutiva dell'art. 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55, e successive modificazioni ed integrazioni, è di immediata applicazione, perché a struttura completa.

**16. Fusioni e conferimenti - Trasferimento e affitto di aziende (articoli 35 e 36)**

Le nuove disposizioni - di immediata applicazione - disciplinano le cessioni di azienda, i trasferimenti, le fusioni e le scissioni (intervenute dopo l'entrata in vigore della legge) relativi ad imprese che eseguono opere pubbliche (anche, eventualmente, sulla base di contratti di appalto antecedenti all'entrata in vigore della legge stessa).