

Progettazione di lavori pubblici: incarichi "fiduciari" addio.

1. La disciplina previgente.
2. La dicotomia: fiducia / motivazione.
3. La disciplina innovata.
4. La comparazione del prezzo.
5. La comparazione dell'esperienza (il peso del *curriculum*).
6. Il giovane professionista.
7. Conclusioni.

Con l'entrata in vigore della legge 18 aprile 2005, n. 62 (comunitaria 2004), il 12 maggio 2005 (in quanto pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 96 del 27 aprile), è stato novellato l'articolo 17, comma 12, della legge n. 109 del 1994, che disciplina (?) gli incarichi tecnici relativi ai lavori pubblici di importo inferiore a 100.000 euro.

1. La disciplina previgente.

E' noto che il suddetto importo costituisce dal 2002 (in precedenza era di 40.000 euro) la discriminante tra l'affidamento cosiddetto "fiduciario" e l'affidamento mediante gara pubblica; l'argomento non può essere affrontato senza una rilettura della disposizione previgente:

«12. Per l'affidamento di incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori il cui importo stimato sia inferiore a 100.000 euro, le stazioni appaltanti per il tramite del responsabile del procedimento possono procedere all'affidamento ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) e g), di loro fiducia, previa verifica dell'esperienza e della capacità professionale degli stessi e con motivazione della scelta in relazione al progetto da affidare».

Sono risapute le lungaggini e la farraginosità delle procedure concorsuali di affidamento degli incarichi di importo compreso tra 100.000 e 236.945 euro di cui all'articolo 17, comma 11, della legge quadro (paradossalmente più complesse di quelle relative agli incarichi di rilievo comunitario di cui al comma 10 dello stesso articolo), tanto che le stazioni appaltanti hanno fatto sistematicamente carte false per ricondurre l'importo degli incarichi all'interno della fascia inferiore disciplinata dalla disposizione in commento.

Anche le amministrazioni più insospettabili non hanno esitato, in moltissimi casi, a ricorrere all'illegittimo frazionamento degli incarichi, sia in orizzontale (progetto a Tizio e direzione lavori a Caio, oppure sempre allo stesso Tizio ma con ... incarichi separati mediante apparenti soluzioni di continuità), che in verticale (architettonico a Sempronio, impianti a Mevio, strutture a Filano e sicurezza a Calpurnio), oppure riducendo artificialmente gli importi o ricorrendo ad altri *escamotages* per evitare le gare.

La circostanza è confermata da un dato facilmente rilevabile: se per ogni lavoro di importo superiore a 1.000.000 di euro corrisponde, grosso modo, una prestazione di importo superiore a 100.000 euro, significa che per ogni procedura pubblica di affidamento di lavori dovrebbe esserci, a monte, una procedura pubblica per l'affidamento della progettazione. Ebbene, basta guardare le pubblicazioni e si vedrà che il rapporto è di almeno 10 gare per lavori per ogni gara di progettazione. Pur trattandosi di una valutazione empirica e approssimativa, significa che almeno 90 progettazioni su 100 sfuggono, più o meno arbitrariamente, alle procedure di evidenza pubblica.

A questo atteggiamento elusivo hanno contribuito in buona misura la esasperante litigiosità dei concorrenti e una certa grettezza di atteggiamenti da parte degli Ordini professionali; pur nel rispetto del sacrosanto diritto di ricorrere contro i provvedimenti della pubblica amministrazione, nessun atteggiamento collaborativo è stato prestato per avviare al *bailamme* che regna in materia di incarichi e che spesso "costringe all'errore" la pubblica amministrazione. Basti pensare alla confusione creatasi per un certo tempo intorno alla sopravvivenza delle tariffe di cui al d.m. 4 aprile 2001, alle contraddizioni tra quelle disposizioni e l'articolo 64 del d.P.R. n. 554 del 1999, agli errori di redazione nell'allegato F allo stesso d.P.R. (riconosciuti anche dall'Autorità di vigilanza) che "obbliga" l'amministrazione a violare il regolamento ecc.

Per onestà si deve dire che al problema hanno contribuito anche molte Regioni con provvedimenti di finanziamento agli enti locali concessi con tempi strettissimi: sfido chiunque a presentare un progetto nei 30 o 60 giorni imposti dai decreti regionali; pur volendo ipotizzare che la progettazione si possa fare in un giorno (paradosso) solo a scegliere il progettista mediante procedura di evidenza pubblica è pressoché impossibile scendere sotto i 3 mesi.

2. La dicotomia: fiducia / motivazione.

Tuttavia ricondurre gli incarichi all'interno della disciplina del comma 12 non era risolutivo. O almeno lo era nella misura in cui (bando all'ipocrisia) la pubblicità preventiva era ridotta a pochi giorni, l'avviso era esposto solo all'albo pretorio (magari occultato sotto le partecipazioni di matrimonio) e la motivazione dell'incarico era del tutto assente (o era solo apparente, il che è lo stesso).

Ma, per contro, anche la stazione appaltante più scrupolosa avrebbe avuto comunque grossi problemi ad agire correttamente, a causa della insanabile contraddizione logica tra l'obbligo di pubblicità preventiva (legata indissolubilmente ad una pluralità di candidati e quindi ad una valutazione comparativa) e l'affidamento "fiduciario" ovvero dell'ossimoro costituito dal ricorso alla "fiducia" e dal contemporaneo obbligo di motivazione.

Senza qui rivangare la polemica ormai stantia sulla fungibilità o meno della prestazione professionale, il risultato era che qualunque affidamento "fiduciario", se contestato in sede giurisdizionale, era facilmente demolito per carenza di motivazione, dal momento che all'amministrazione non restava altra scelta se non una motivazione puramente tautologica, con conseguente illegittimità del provvedimento di incarico.

Ora è senz'altro facile demolire le motivazioni apparenti (e in questo i T.A.R. si sono veramente divertiti), ma nessuno, si ripete, nessuno (e non era compito dei T.A.R.) ha mai fatto un esempio serio di una motivazione dell'affidamento suscettibile di resistere alla censura in sede di contenzioso; questo porta a credere che la ragione stia appunto nell'oggettiva impossibilità di motivare pienamente un affidamento senza che la norma offra alcuna indicazione sul punto.

Non si contano le sentenze dei tribunali di primo grado in tale senso; la più recente T.A.R. Reggio Calabria, 5 maggio 2005, n. 375, ma la più significativa è T.A.R. Basilicata, 26 marzo 2001, n. 192 «... *l'esistenza di un rapporto fiduciario non può essere solo enunciato ma va anche motivato con riferimento a specifiche circostanze. La conseguenza di tale scelta impone all'Amministrazione non solo di indicare le ragioni che giustificano l'assunto rapporto fiduciario ma anche di motivare in senso comparativo rispetto agli altri partecipanti ammessi alla procedura selettiva e ritenuti parimenti meritevoli sotto il profilo tecnico-professionale*».

Se poi l'amministrazione si spingeva a "comparare" le candidature (cosa di per sé non facile nemmeno a fronte di 4 o 5 candidati, vero incubo a fronte di 50, 100 o, come accaduto, 300 candidati) i problemi si ingigantivano. Infatti in presenza di più candidati la comparazione era inevitabile (per giurisprudenza pressoché univoca e costante) pena l'assenza di qualunque *iter* logico riconoscibile nella procedura di affidamento, tuttavia la comparazione:

- a) non poteva essere fatta sul prezzo, protetto da tariffe minime e preclusa dalla norma;
- b) non poteva essere fatta sui *curricula*, anche se questa era la strada percorsa dalle amministrazioni che volevano ricercare una motivazione inattaccabile per l'incarico;
- c) non poteva essere fatta su altri elementi, che la legge non prevedeva, né su proposte progettuali relative all'incarico specifico, pena il tramutare la procedura in un concorso di idee o in un concorso di progettazione atipico.

Come se non bastasse era vissuto come una beffa il diverso orientamento del giudice amministrativo di secondo grado che insisteva sulla insussistenza di un obbligo di preventiva determinazione dei criteri per la scelta in quanto, per gli incarichi minori «... *comprensibili esigenze di semplificazione amministrativa consentono alla stazione appaltante l'affidamento a soggetti "di loro fiducia", assolti i soli oneri della verifica dell'esperienza e della capacità professionale e della motivazione in relazione al progetto da affidare*» (Consiglio di Stato, sez. V, 10 febbraio 2004, n. 500, che annulla T.A.R. Catanzaro, sez. I, 27 marzo 2003, n. 870) e ancora «è sufficiente che l'amministrazione esamini i *curricula degli aspiranti; non si tratta di procedura concorsuale ma pur sempre di incarico fiduciario*» (Consiglio di Stato, sez. V, 19 febbraio 2004, n. 667)

3. La disciplina innovata.

Queste considerazioni erano necessarie per affrontare la questione che si pone dal 12 maggio.

Ora si può passare ad una pacata lettura della novella:

«12. Per l'affidamento di incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori il cui importo stimato sia inferiore a 100.000 euro, le stazioni appaltanti, per il tramite del responsabile del procedimento, possono procedere all'affidamento ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) e g), nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza».

In linea di principio nulla si può dire sulla nuova formulazione della norma. Sono state trascritte, quasi parola per parola, i punti contestati dalla Commissione U.E. nella procedura di infrazione.

Peccato che l'applicazione pratica dei principi non sia per nulla facile.

Peraltro l'espressione «*passano procedere*» (presente anche nella vecchia formulazione) porta a ritenere che nulla escluda la possibilità di ricorrere, anche per questi incarichi minori, alle forme concorsuali previste per gli incarichi di importo superiore; si tratta di procedimenti più garantisti, almeno in astratto; il responsabile del procedimento che dovesse optare per tale soluzione probabilmente soffre di masochismo ma è possibile che in taluni casi sia più conveniente una gara ordinaria ai sensi degli articoli 63 e 64 del regolamento (ovviamente con requisiti e tempistiche ragionevolmente ridotte in proporzione e formalità semplificate).

Inoltre la somma dei principi di «*non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza*» si può tradurre e riassumere in una sola parola: "gara".

4. La comparazione del prezzo.

La questione può essere accantonata facilmente.

E' noto che l'articolo 64, comma 1, lettera c), sub. 1), del d.P.R. n. 554 del 1999 ammetteva, in relazione all'offerta di prezzo, un ribasso unico applicato alla riduzione del 20% all'onorario tariffato e applicato direttamente alle altre parti del corrispettivo (prestazioni speciali, accessorie e spese); malgrado gli strilli di alcuni professionisti e delle loro *lobbies*, così è scritta la norma in italiano non interpretabile diversamente.

Dal che derivava che l'elemento prezzo poteva assumere una sua rilevanza in quanto l'offerta spaziava all'interno di un *range* abbastanza ampio (un ribasso del 100%, applicato integralmente alle prestazioni speciali, a quelle accessorie e alle spese, portava ad un ribasso reale sull'intero corrispettivo dal 35% al 50% circa). Tuttavia l'elemento prezzo perdeva quasi subito valore perché in sede di gara, una volta capito il meccanismo, tutti i concorrenti offrivano un ribasso del 100%.

Malgrado la lettera della norma regolamentare, la giurisprudenza amministrativa, sempre più spesso e costantemente negli anni più recenti, si è orientata nel senso dell'applicabilità della riduzione massima del 20% a tutto il corrispettivo (onorari tariffati, prestazioni speciali, accessorie e pure alle spese); lo stesso orientamento peraltro emerge senza equivoci dalla proposta Martinat di riforma del regolamento generale.

Dunque ci si deve mettere l'animo in pace e accettare che l'intero corrispettivo possa essere scontato solo nella misura del 20%. Se è così, in sede di gara tutti i concorrenti, che già non avevano remore ad offrire ribassi del 100%, ne avranno ancora meno ad offrire tutti un ribasso del 20%.

Ne consegue l'inutilità assoluta di stabilire, nelle procedure di affidamento inferiori alla soglia di 100.000 euro (comunque si svolgano), una discriminante in base all'offerta di prezzo.

Anzi, applicando l'articolo 62, comma 4, del d.P.R. n. 554 del 1999 (peraltro contraddittorio rispetto al già citato articolo 64), la stazione appaltante potrebbe tranquillamente operare sin dall'origine la riduzione generalizzata dei corrispettivi nella misura del 20%.

In tal modo si ottengono due risultati:

- a) la soglia di 100.000 euro copre prestazioni che, in realtà, hanno un valore di 125.000 euro;
- b) viene estromesso dal procedimento l'elemento prezzo, comunque del tutto inutile ai fini della scelta del contraente.

5. La comparazione dell'esperienza (il peso del *curriculum*).

Anche dopo la nuova norma parte della dottrina è rimasta incardinata alla valutazione comparativa dei *curricula* quale elemento determinante per la scelta dell'affidatario (per tutti: Italiaoggi, 13 maggio 2005, pag. 62). Non si può escludere che questo possa divenire opinione prevalente e orientamento anche in sede giurisdizionale.

Tuttavia, in disparte le difficoltà circa la valutazione curriculare (esattamente identiche a quelle presenti nell'applicazione della disciplina previgente), pare a chi scrive che un simile approccio soffra di un difetto irrimediabile.

Bisognerebbe qui richiamare il noto principio di separazione tra "requisiti di partecipazione" e "elementi di valutazione o di preferenza", nonché i principi, sempre rilevanti ma ora introdotti anche nominalmente, di "non discriminazione" e "proporzionalità". Si tratta di principi di derivazione comunitaria ma, a ben vedere, rinvenibili anche nel "vecchio" articolo 97 della Costituzione.

La valutazione curriculare, se intesa secondo il paradigma "maggior esperienza pregressa = maggior preferenza nella scelta", porta alla creazione di "circuiti chiusi" dove chi ha più esperienza per ciò solo acquisisce ulteriore nuova esperienza, quindi ingrossa il *curriculum*, cosa che gli consente di acquisire nuovi incarichi in una progressione anomala che esclude gli altri. Evidentemente si tratta di una soluzione inaccettabile. Per paradosso se Frank O. Gehry mandasse il *curriculum* a tutte le stazioni appaltanti, tempo sei mesi e non ce ne sarebbe più per nessuno.

Pare più corretto ritenere che l'esperienza acquisita (il *curriculum*) possa (o debba) essere utilizzato per la qualificazione ma non per la scelta; vale a dire che per un determinato lavoro può essere individuata "soglia

minima" di esperienza (con ragionevolezza e proporzionalità) e tutti coloro che hanno quel requisito (cioè superano la soglia minima) sono ammessi alla procedura di scelta e posti nelle medesime condizioni. Si deve invece ritenere irrilevante il *curriculum* che contenga lavori anche 10 o 100 volte superiori alla soglia minima.

Diversamente opinando, cioè valutando i *curricula* in senso comparativo quali elementi di preferenza, sarebbe come se in una gara di lavori da 1.000.000 di euro, dove basta la classifica III, si dovesse privilegiare chi ha la classifica IV o VIII (classifiche che costituiscono, come noto, una maggior esperienza pregressa, in quanto ottenute mediante *curriculum*).

In conclusione, il *curriculum* appare utile per partecipare (qualificazione) ma non per scegliere (confronto concorsuale e affidamento); coloro la cui esperienza curriculare supera la soglia minima richiesta devono trovarsi allo stesso punto di partenza e solo da quel momento in poi si potrà parlare di preferenza e scelta, senza più coinvolgere il *curriculum*.

Chi ricorda la procedura di infrazione aperta dalla Commissione U.E. in relazione al d.P.R. n. 116 del 1997 (cosiddetto decreto Karrer, abrogato proprio per evitare la censura comunitaria) potrà ben afferrare il senso di quanto qui sostenuto.

6. Il giovane professionista.

Ovviamente anche una "soglia minima" potrebbe escludere il giovane professionista (ed esclude certamente il neoprofessionista che non ha ancora fatto alcun lavoro). Tuttavia questo fa parte del sistema, nel senso che anche nei lavori il neofita non può essere qualificato ed entra nel mercato per vie traverse (lavori privati, subappalto, associazione con altri, lavori minori fino a 150.000 euro ecc.).

Similmente per il neoprofessionista si potrebbe prevedere:

- a) la sufficienza dell'iscrizione all'Ordine, senza necessità di *curriculum*, per prestazioni fino a un certo importo (es. 5.000 o 10.000 euro), ma in tal caso nessuno sarà tenuto a presentare il *curriculum* e, per le ragioni già dette, anche Frank O. Gehry non sarebbe minimamente agevolato (soglia di ingresso "zero", esperienza pregressa irrilevante);
- b) l'obbligo di associare un neoprofessionista per determinati lavori (es. prestazioni oltre i 50.000 e fino a 100.000 euro), anche se sul punto non mancherà l'ipotesi di censura sulla base dell'arbitraria limitazione all'organizzazione imprenditoriale del professionista.

Da escludere a priori una "riserva" per i giovani professionisti (evidentemente sarebbe una "discriminazione al contrario"), a meno che fossero disponibili contemporaneamente 4 o 5 incarichi minori, banditi con un unico avviso; in questo caso potrebbe non essere discriminante riservarne uno ad un giovane professionista. La riserva, in astratto illegittima, se calata all'interno di più incarichi affidati, potrebbe così essere ritenuta rispettosa dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e non discriminazione.

7. Conclusioni.

Accertata l'impossibilità di utilizzare l'elemento prezzo (il criterio dell'offerta al prezzo più basso), l'ordinamento prevede solo una diversa modalità: l'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale criterio è estremamente "aperto" nel senso che è basato sulla valutazione di più elementi, da definire caso per caso, ponderandone l'importanza, uno dei quali può essere il prezzo (non deve ma può, e abbiamo appena detto che nel caso in commento "non può" essere il prezzo).

In realtà l'ordinamento offre, seppure indirettamente ed eccezionalmente, anche un'altra modalità, la quale però pone problemi di altra natura: il sorteggio in presenza di più offerte identiche (articolo 85, secondo comma, del r.d. n. 827 del 1924).

Prima di proseguire chi scrive deve fare una precisazione: non si può pensare che egli sia talmente ingenuo da non conoscere le obiezioni che possono essere fatte alle proposte conclusive che seguono; obiezioni prevedibili e che peraltro hanno un loro fondamento; tuttavia, non per presunzione ma per ragioni facilmente comprensibili, sarebbe auspicabile che ogni obiezione fosse accompagnata da un suggerimento o da una soluzione alternativa. In altri termini, i punti deboli delle conclusioni che seguono sono noti e stranoti anche a chi scrive, è inutile e improduttivo esercitarsi a svilupparli, è invece molto più utile e produttivo che siano individuate soluzioni più efficienti e maggiormente orientate all'interesse di tutte le parti coinvolte.

Venendo al merito, quanto all'offerta economicamente più vantaggiosa, si potrebbe chiedere ai concorrenti di presentare una "proposta progettuale", senza travalicare nella complessa procedura del concorso di idee (canonizzato dagli articoli 57 e 58 de regolamento), ma attestandosi su un procedimento simile; la proposta progettuale (idea) sarebbe valutata ai fini dell'assegnazione dell'incarico secondo le consolidate modalità utilizzate appunto nel concorso di idee e nell'appalto-concorso.

Ovviamente ciò vale solo per progetti che hanno un contenuto architettonico o tecnologico di una certa consistenza e dunque valutabile; sarebbe ben difficile operare in questo modo per affidare un progetto di asfaltatura o di manutenzione straordinaria, addirittura sarebbe impossibile per affidare una direzione lavori.

Scontata l'obiezione: si tratta di un concorso di idee, quindi il responsabile del procedimento deve seguirne i canoni regolamentari, prevedere dei premi, una commissione rituale ecc. (ma, in tal caso, subito dopo sarà oggetto di ricovero coatto su ordine del Sindaco).

Ebbene, si può sostenere che i principi enunciati dalla norma possono essere rispettati in una siffatta procedura, anche derogando, per ragioni di proporzionalità, alla stretta disciplina degli articoli 57 e 58 del regolamento che, come noto, sono stati scritti per disciplinare concorsi di idee di ben altra consistenza.

Nel caso di progetto di asfaltatura o di manutenzione, ovvero per l'affidamento di una direzione lavori, dove evidentemente non è praticabile la modalità di valutare una "proposta progettuale", potrebbe essere previsto un colloquio col responsabile del procedimento, o, meglio ancora, la previsione di una scheda con questionario (sistema già utilizzato in taluni concorsi pubblici), uguale per tutti, che in un'ora prefissata i concorrenti devono completare; ovviamente il questionario deve essere molto semplificato (per poter procedere ad una valutazione automatica), eventualmente corredato da risposte multiple da selezionare, ed essere orientato sulle materie oggetto dell'incarico (tenuta della contabilità, gestione delle riserve, adempimenti particolari ecc).

Anche in questo caso sono scontate le obiezioni: un professionista (per di più affermato e magari qualcuno che si crede un semidio, e ce ne sono) non può sottoporsi all'esame da parte di nessuno, tanto meno da parte dell'ultimo geometra del Comune (a tale obiezione verrebbe la tentazione di rispondere: ma nessuno lo costringe, può starsene a casa sua), o compilare dei "quiz". Tuttavia, per quanto appaia una soluzione peregrina, certamente sarebbe rispettosa dei principi proclamati dalla norma e, peraltro, è la stessa forma che si usa per assumere un professionista nell'ente pubblico; ebbene, non pare che quest'ultima riguardi una sfera di responsabilità inferiore a quella di affidare un progetto di poche decina di migliaia di euro.

Quanto all'ipotesi del sorteggio, non si può escludere che a fronte di interventi oggetto di prestazioni realisticamente fungibili (ancora manutenzioni, asfaltature, integrazioni impiantistiche, ampliamenti vincolati ecc.), dove all'amministrazione non interessa proprio chi sia il tecnico incaricato, si possa procedere appunto al sorteggio tra i candidati che abbiano superato la già nota soglia minima in termini di requisiti posseduti.

Di fatto non ci sono migliore imparzialità e maggiore trasparenza che nel sorteggio pubblico.

Bisogna infine sottolineare che tutte le procedure sarebbero notevolmente agevolate e maggiormente giustificate in presenza di più prestazioni assegnabili contemporaneamente. Se si riuscisse (e ci si può riuscire) a cumulare 4, 5 o 10 lavori da assegnare contemporaneamente, è evidente che a fronte di più candidati la previsione del sorteggio così come di ogni altro metodo selettivo avrebbe un impatto meno dirompente. Si pensi, ad esempio, all'affidamento di più lavori in ordine decrescente, dove il bando prescrive che il soggetto che risulta affidatario di un lavoro non può essere assegnatario degli altri (o non può concorrere ad altri lavori, nello stesso ente, per 6 mesi o un anno o due anni). Dopotutto il principio di rotazione (di questo si tratta) ben si sposa con l'imparzialità e la proporzionalità.

Auspicabile, come già detto, il maggior ampliamento possibile del numero dei lavori disponibili contemporaneamente, ad esempio mediante un avviso che contenga tutti i lavori previsti dall'elenco annuale dei lavori pubblici (pretendere che contenga tutti i lavori del programma triennale sarebbe troppo?). Meglio ancora un elenco cumulativo unico per 4 o 5 comuni limitrofi, in modo da minimizzare il numero delle procedure e lo sforzo organizzativo, e massimizzare il numero dei lavori disponibili (e dei professionisti che possono essere "soddisfatti"); per i più sofisticati, articolando l'elenco per tipologie di intervento o in diversi *range* di importo dei lavori ecc.

Un po' di fantasia, a condizione che il *modus operandi* sia noto in origine, consente di uscire dall'*impasse*; imparzialità, proporzionalità e trasparenza seguiranno quasi automaticamente.