

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti

Circolare 12 novembre 2009, n. 4649

Chiarimenti in ordine all'applicazione delle disposizioni di cui all'[articolo 253, comma 15-bis, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#)  
(G.U. n. 274 del 24 novembre 2009)

Sono stati sottoposti alla direzione generale per la regolazione e i contratti pubblici alcune osservazioni o quesiti concernenti l'applicazione delle disposizioni di cui all'[art. 253, comma 15-bis, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#) (codice dei contratti pubblici) per cui, acquisito il parere favorevole dell'ufficio legislativo di questo Dicastero, con la presente circolare, si forniscono i chiarimenti volti alla corretta ed uniforme applicazione, da parte dei soggetti tenuti all'applicazione del codice, della disposizione in parola ai fini dell'affidamento dei contratti pubblici dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria.

L'art. 2, comma 1, lettera vv), punto 4), del decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152 (terzo correttivo) ha introdotto all'art. 253 del codice dei contratti il comma 15-bis: «*15-bis. In relazione alle procedure di affidamento di cui art. 91, fino al 31 dicembre 2010 per la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria, il periodo di attività documentabile e' quello relativo ai migliori tre anni del quinquennio precedente o ai migliori cinque anni del decennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara. Le presenti disposizioni si applicano anche agli operatori economici di cui all'art. 47, con le modalità ivi previste*».

Secondo tale disposizione, per la partecipazione alle procedure di affidamento di cui all'[art. 91 del Codice](#) relative ad incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo, i soggetti individuati alle [lettere d\), e\), f\), f-bis\), g\) e h\) del comma 1 dell'art. 90 del medesimo Codice](#), per un periodo transitorio (fino al 31 dicembre 2010), possono documentare il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria previsti su base triennale utilizzando i tre migliori anni del quinquennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara ed il possesso dei requisiti previsti su base quinquennale utilizzando i cinque migliori anni del decennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara.

La disposizione prevede dunque un ampliamento dell'arco temporale utilizzabile per la dimostrazione del possesso dei requisiti minimi di carattere tecnico-organizzativi ed economico-finanziari richiesti ai professionisti, introducendo una maggiore flessibilità per la qualificazione dei concorrenti.

Il legislatore ha inteso, attraverso la disposizione in esame, volta ad agevolare la dimostrazione del possesso dei requisiti per un periodo transitorio, consentire una maggiore partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, al fine di contrastare gli effetti della crisi economica del mercato che hanno investito anche il settore dei contratti pubblici.

Il codice dei contratti pubblici rinvia al regolamento attuativo di cui all'[art. 5 del medesimo codice](#) la disciplina di dettaglio, per cui, ai sensi dell'[art. 253, comma 3 del decreto legislativo n. 163/2006](#), fino all'entrata in vigore del regolamento in parola, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 554/1999, nei limiti di compatibilità con le disposizioni del Codice stesso.

Il d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, disciplina i requisiti di partecipazione per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria all'[art. 66](#):

«Art. 66 (Requisiti di partecipazione)

1. I requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di partecipazione alle gare sono definiti dalle stazioni appaltanti con riguardo:

- a) al fatturato globale per servizi di cui all'art. 50, espletati negli ultimi cinque esercizi antecedenti la pubblicazione del bando, per un importo variabile tra 3 e 6 volte l'importo a base d'asta;
- b) all'avvenuto espletamento negli ultimi dieci anni di servizi di cui all'art. 50, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo globale per ogni classe e categoria variabile tra 2 e 4 volte l'importo stimato dei lavori da progettare;
- c) all'avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi di cui all'art. 50, relativi ai lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo totale non inferiore ad un valore compreso fra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori da progettare;
- d) al numero medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni (comprendente i soci attivi, i dipendenti e i consulenti con contratto di collaborazione coordinata e continuativa su base annua, in una misura variabile tra 2 e 3 volte le unità stimate nel bando per lo svolgimento dell'incarico».

Ai sensi dell'[art. 253, comma 3, del Codice dei contratti](#), la disposizione di cui al successivo comma 15-bis viene ad incidere sulla richiamata vigente norma di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 554/1999.

Ai fini della predisposizione dei bandi e della valutazione dei requisiti richiesti per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, la disposizione di cui all'[art. 253, comma 15-bis del codice](#) incide, quanto all'arco temporale di riferimento, sui soli requisiti di cui alle lettere a) e d) del [comma 1 dell'art. 66 del d.P.R. n. 554 del 1999](#), per i quali la dimostrazione del possesso è richiesta rispettivamente su base quinquennale e su base triennale.

Più specificatamente, nel definire i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di partecipazione alle gare:

- con riferimento alla lettera a) del comma 1, dell'[art. 66, del d.P.R. n. 554/1999](#), che si riferisce al fatturato globale per servizi di ingegneria, espletati negli ultimi cinque esercizi antecedenti la pubblicazione del bando, per un importo variabile tra tre e sei volte l'importo a base d'asta - i soggetti tenuti all'applicazione del Codice dei contratti sono tenuti a richiedere e valutare «i migliori cinque anni del decennio precedente»: in tal senso si consente di individuare su base decennale il requisito quinquennale previsto dalla normativa regolamentare;
- con riferimento alla lettera d) del comma 1 dell'[art. 66, del d.P.R. n. 554/1999](#) - che si riferisce al numero medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni in una misura variabile tra due e tre volte le unità stimate nel bando per lo svolgimento dell'incarico, i soggetti tenuti all'applicazione del Codice dei contratti sono tenuti a richiedere e valutare «i migliori tre anni del quinquennio precedente»: in tal senso si consente di individuare su base quinquennale il requisito triennale previsto dalla normativa regolamentare.

Relativamente alle lettere b) e c) del comma 1, dell'[art. 66, del d.P.R. n. 554/1999](#), concernenti la capacità tecnica per servizi analoghi e per servizi «di punta», la disposizione di cui all'[art. 253, comma 15-bis, del Codice dei contratti](#) incide esclusivamente rispetto all'attività espletata da prendere in considerazione ai fini della stima dell'importo, che non può essere limitata ai soli «lavori da progettare»

ma si riferisce anche ad altri servizi di architettura e di ingegneria, a seconda del tipo di incarico da affidare (che, ai sensi dell'[art. 91 del Codice](#), oltre alla progettazione, può riferirsi anche al coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, alla direzione dei lavori, al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e al collaudo).

La disposizione di cui all'[art. 253, comma 15-bis](#) non incide, quanto all'arco temporale di riferimento, sulle lettere b) e c) del citato [art. 66, del d.P.R. n. 554/1999](#) in quanto la riduzione del periodo decennale stabilito da tali lettere determinerebbe una restrizione della possibilità di partecipare alle gare, in contrasto con la *ratio* ispiratrice della norma transitoria, introdotta con il precipuo intento di ampliare la concorrenza mediante la previsione di specifiche misure volte ad agevolare, per un periodo transitorio, la dimostrazione dei requisiti minimi di carattere tecnico-organizzativi ed economico-finanziari richiesti per la partecipazione alle gare.

Roma, 12 novembre 2009

Il direttore generale per la regolamentazione dei contratti pubblici: Veca

---

Non convincenti le conclusioni ministeriali sul rapporto tra l'[art. 253, comma 15-bis del d.lgs. n. 163 del 2006](#) e l'[art. 66 del d.P.R. n. 554 del 1999](#)

Circa il rapporto tra la norma transitoria del Codice dei contratti ([art. 253, comma 15-bis](#)) e la norma del regolamento generale che è sopravvissuta (in parte) allo stesso codice, le conclusioni del Ministero non appaiono pienamente convincenti.

L'autorevole interpretazione ministeriale ricalca la più volte ribadita posizione dell'OICE e di taluni Ordini professionali, peraltro non nel senso di condividere quest'ultima, bensì utilizzando anche le stesse parole in alcuni passaggi fondamentali. Ne consegue che nulla aggiunge di nuovo alla scarsa condivisibilità delle posizioni dell'OICE che vengono periodicamente manifestate in esposti in occasione dello svolgimento di gare di progettazione.

Secondo il Ministero il [comma 15-bis dell'articolo 253](#) (introdotta dal terzo correttivo, decreto legislativo n. 152 del 2008), avrebbe delineato un meccanismo transitorio teso a consentire una più agevole partecipazione alle gare da parte dei progettisti prendendo in considerazione un arco temporale più ampio rispetto a quello previsto dalla normativa vigente, concludendo che la volontà del legislatore sarebbe tale per cui:

- 1) quando la normativa vigente prevede il requisito su cinque anni, come per il fatturato in servizi ex [articolo 66, comma 1, lettera a\), del d.P.R. n. 554 del 1999](#), la nuova norma determinerebbe l'estensione ai *"migliori cinque anni del decennio precedente"*;
- 2) quando la normativa vigente prevede il requisito su tre anni, come per il personale tecnico utilizzato ex articolo 66, comma 1, lettera d), del d.P.R. n. 554 del 1999, la nuova norma determinerebbe l'estensione ai *"migliori tre anni del quinquennio precedente"*; su questo punto *nulla quaestio* essendo la disposizione regolamentare pienamente compatibile con il sopravvenuto Codice dei contratti;
- 3) quando la normativa vigente prevede il requisito su dieci anni, come per i lavori per i quali sono stati svolti i servizi, ex articolo 66, comma 1, lettere b) e c), del d.P.R. n. 554 del 1999 (lavori per i quali sono stati svolti i servizi, e lavori per i quali sono stati svolti i servizi "di punta"), la nuova norma non sarebbe applicabile, essendo già prevista la base decennale.

All'interpretazione ministeriale va riconosciuto un notevole pregio e, non paia paradossale, non può che esserne condiviso il principio; tuttavia essa appare infondata nei presupposti.

Malgrado il combinato disposto dell'[articolo 66 del d.P.R. n. 554 del 1999](#) e dell'[articolo 253, comma 15-bis, del Codice dei contratti](#), si risolve in un coacervo normativo oggettivamente controverso e di non facile interpretazione, la conclusione ministeriale pare non tener conto di altre tre norme fondamentali del Codice:

- a) l'[articolo 91, comma 1](#), che, per quanto qui interessa dispone «*Per l'affidamento di incarichi ... di importo pari o superiore a 100.000 euro si applicano le disposizioni di cui alla parte II, titolo I e titolo II del codice ...*»;
- b) gli [articoli 41, commi 1 e 2, e 42, commi 1 e 2](#), che stabiliscono i requisiti di capacità tecnica e professionale dei prestatori di servizi che l'amministrazione appaltante deve richiedere indicandoli nel bando, sulla base del solo triennio antecedente;
- c) l'[articolo 253, comma 3, secondo periodo](#), che prevede la sopravvivenza delle norme regolamentari del d.P.R. n. 554 del 1999 solo «*... nei limiti di compatibilità con il presente codice*». Appare evidente, sul punto, che le disposizioni regolamentari, come l'articolo 66, non espressamente abrogate dall'articolo 254, comma 1, restano in vigore e si applicano solo e in quanto compatibili con le disposizioni di rango superiore, sopravvenute con il Codice.

Quanto alla norma sub. a), con un rinvio alla parte seconda, titoli I e II del Codice, essa opera una equiparazione piena e senza riserve della disciplina applicabile a tutti gli appalti di servizi, di qualunque genere siano, e non dispone alcuna disciplina speciale per i servizi tecnici come quelli disciplinati dall'articolo 66 del d.P.R. n. 554 del 1999.

Quanto alla norma sub. b) essa è richiamata esplicitamente dall'[articolo 91, comma 1](#) (in quanto ricadente nella parte II, titolo I del Codice) e, a sua volta, disciplina i requisiti di capacità tecnica dei concorrenti negli appalti di servizi *tout court*. In nessun'altra parte del Codice è rinvenibile una salvaguardia o una diversa disciplina specifica dei requisiti negli appalti di servizi tecnici. Né eventuali requisiti "speciali" riservati ai servizi tecnici costituiscono materia regolamentare (non essendo compresi nella norma delega dell'[articolo 5 del d.lgs. n. 163 del 2006](#), se non «*secondo i criteri stabiliti dal presente codice*» (quindi ancora coerenti con la temporalità "triennale" prescritta agli [articoli 41 e 42 dello stesso Codice](#)). Infatti se l'articolo 66 del d.P.R. n. 554 del 1999 poteva, con qualche forzatura, rientrare nell'alveo della delega prevista dall'[articolo 3 della legge n. 109 del 1994](#) (al comma 1, lettera b)), certamente non è previsto nella nuova norma delega.

Quanto alla norma sub. c), si tratta dell'affermazione di un principio generale dell'ordinamento giuridico, inderogabile alla luce del chiaro dettato legislativo: l'applicazione «*nei limiti di compatibilità con il Codice*» non può che comportare una "flessibilità" della norma regolamentare per adattarla o disapplicarla, in tutto o in parte, qualora incompatibile totalmente o parzialmente con la norma primaria. Sul punto ovviamente non rileva che gli schemi del nuovo regolamento generale ufficiosamente in circolazione riportino requisiti analoghi a quelli dell'articolo 66 del d.P.R. n. 554 del 1999; infatti, in disparte l'inidoneità ai fini ermeneutici di un regolamento non approvato, questo non potrà che essere adeguato alla norma codicistica, pena la sua illegittimità per contrasto con la norma di delega ([articolo 4, primo comma, delle pre-leggi](#)).

Si deve pertanto ritenere che la "normativa vigente" che, in considerazione della critica situazione economica, il legislatore ha inteso ampliare al fine di agevolare la partecipazione, non sia l'articolo 66 del d.P.R. n. 554 del 1999 che prevede già il quinquennio e il decennio (previsione incompatibile con la norma primaria e quindi da ritenersi abrogata ex [articolo 15 delle pre-leggi](#)) bensì appunto gli [articoli 41 e 42 del Codice](#), attualmente articolati sul solo triennio.

Diversamente opinando la nuova norma si risolverebbe come restrittiva invece che agevolativa, almeno con riferimento ai lavori per i quali sono stati svolti i servizi ex articolo 66, comma 1, lettere b) e c), del d.P.R. n. 554 del 1999; come noto è questo il requisito che crea le maggiori difficoltà di partecipazione e sarebbe curioso che la cosiddetta norma transitoria che si vuole agevolativa si risolvesse in una restrizione dal decennio (previsto dalla norma regolamentare) ai migliori cinque anni del decennio. Infatti è escluso che si possa aderire all'affermazione ministeriale secondo la quale la norma transitoria non sarebbe applicabile ai requisiti che il regolamento già disponeva su base decennale; depongono contro questa troppo facile conclusione almeno due considerazioni circa l'articolo 253, comma 15-bis, del Codice:

- a) esso disciplina e agevola tutti i requisiti economico-finanziari e tecnici, e non fa salvi quelli relativi ai servizi svolti sulla base di una presunzione che siano già "sufficientemente definiti";
- b) non può essere considerata una disposizione *inutiliter data* come invece si risolverebbe, nella sostanza, con riferimento ai requisiti più significativi.

In altri termini, si concorda che l'articolo 253, comma 15-bis, è stato introdotto per ampliare, transitoriamente (fino al 31 dicembre 2010) il periodo di riferimento dal quale attingere i requisiti, cioè, come risulta dalla relazione al provvedimento, per agevolare la dimostrazione dei requisiti minimi di carattere tecnico ed economico-finanziari richiesti per la partecipazione alle gare di progettazione, ma se fosse applicabile all'articolo 66 del d.P.R. n. 554 del 1999, esso comporterebbe una "restrizione" della partecipazione, dal momento che già dall'origine quest'ultima norma regolamentare articolava i requisiti su 5 anni (fatturato ex lettera a)), o 10 anni (lavori per i quali sono stati svolti i servizi ex lettera b) e lettera c)), per cui l'innovazione legislativa troverebbe applicazione solo con riferimento all'unico requisito triennale (personale tecnico ex lettera d)).

Non può sfuggire che una simile lettura, per quanto pregevole, sia arbitraria: infatti la norma agevolativa del comma 15-bis si applica indistintamente a tutti i requisiti di natura tecnico-professionale ed economico-finanziaria e nulla autorizza ad una sua distorsione e spalmatura sui requisiti regolamentari secondo un criterio che, anche qualora ragionevole (o "comodo"), non trova supporto nella norma.

Corretto invece appare che la norma assolva in pieno la sua finalità di agevolazione, mediante estensione del periodo documentabile, solo se applicata agli [articoli 41 e 42, del Codice](#), dove il periodo utile ai fini del possesso dei requisiti è incardinato nell'ultimo triennio antecedente il bando di gara.

Dubitando fortemente della sopravvivenza dei periodi temporali previsti dall'articolo 66 del d.P.R. n. 554 del 1999, per le considerazioni già indicate in premessa, ecco che l'individuazione dei migliori 5 anni tra gli ultimi 10, per il requisito dei servizi svolti, risulta una agevolazione determinante rispetto al triennio previsto dalla norma codicistica applicabile in via ordinaria, costituita dai predetti articoli 41 e 42.

A sostegno della tesi qui contestata, normalmente viene richiamata la relazione al provvedimento secondo la quale la norma è «volta ad agevolare, per un periodo transitorio, la dimostrazione dei requisiti minimi di carattere tecnico-organizzativi ed economico-finanziari richiesti ai professionisti per la partecipazione alle gare, recependo una condizione della VIII Commissione Senato nel parere reso in data 29 luglio 2008».

Tuttavia a nemmeno tale affermazione contenuta nella relazione accompagnatoria al terzo decreto correttivo appare decisiva in quanto:

- a) anche ammesso che la *voluntas legis* possa prevalere sul significato delle parole in sede di interpretazione della norma, non è in discussione la finalità di agevolazione della norma transitoria,

finalità condivisa e accertata, ma è in discussione la norma presupposta che viene derogata nel periodo transitorio: per il Ministero si tratta dell'articolo 66 del d.P.R. n. 554 del 1999, per chi scrive dovrebbe trattarsi degli articoli 41 e 42 del Codice dei contratti e dell'articolo 66 del d.P.R. n. 554 del 1999 ma quest'ultimo solo ed in quanto compatibile con la norma primaria ai sensi dell'articolo 253, comma 3, dello stesso Codice; con il risultato che la *voluntas legis* raggiunge più concretamente l'obbiettivo secondo l'applicazione fattane con queste note, mentre conseguirebbe un'agevolazione ben più limitata applicando l'interpretazione ministeriale;

b) la relazione accompagnatoria è basata sostanzialmente sul parere della VIII Commissione permanente del Senato, espresso nel pomeriggio del 29 luglio 2008, che tratta la questione al paragrafo 2.13; tuttavia tale parere non depone affatto nel senso dell'interpretazione ministeriale.

Il parere della commissione senatoriale si articola in due punti. Si può trascurare il punto *ii.5*) in quanto non pertinente al caso in questione; esso tendeva a modificare il comma 15 dell'articolo 253, per facilitare le società di ingegneria di recente costituzione con una norma speciale che, invece, non è più stata trasposta nel testo definitivamente approvato.

Pertinente invece il punto *ii.4*) che così recita:

*«La modifica suggerita con ii.4) mira ad estendere il periodo temporale da prendere in considerazione per dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione. Analoga norma è già contenuta nello schema di correttivo per gli esecutori dei lavori alla lettera ii.3). Ragioni di equità, e di analoga crisi del settore, impongono di dettare analogo regime per gli incarichi di progettazione e simili. ...*

*Pertanto, dopo l'art. 2, lett. ii.3) inserire le seguenti:*

*ii.4) dopo il comma 9-bis è inserito il seguente 9-ter. In relazione all'articolo 91 in relazione ai requisiti minimi per la partecipazione alle procedure di affidamento degli incarichi, previsti dal regolamento, fino al 31 dicembre 2010 è consentito dimostrare il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria con riferimento ai migliori tre anni del quinquennio precedente o ai migliori cinque anni del decennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara.»*

La prima parte del parere nulla aggiunge alle considerazioni già svolte: essa prova le finalità di agevolazione che si vogliono introdurre nel periodo transitorio; si è già detto che queste non sono affatto qui sconosciute ma semmai ricondotte nel loro alveo corretto con riferimento agli [articoli 41 e 42 del Codice](#) e pertanto valorizzate in misura ancor maggiore.

La seconda parte, tuttavia, nel tradursi nell'[articolo 2, comma 1, lettera vv\), del decreto legislativo n. 152 del 2008](#) (introducendo non un comma 9-ter bensì un comma 15-bis, per ragioni di tecnica normativa), in relazione ai requisiti di partecipazione, ha perso le parole *«previsti dal regolamento»* con riferimento ai requisiti. Tale omissione pare non essere senza significato.

Probabilmente anche se il testo definitivo della norma avesse conservato le parole *«requisiti minimi ... previsti dal regolamento»* queste non sarebbero state idonee a far rivivere integralmente l'[articolo 66 del d.P.R. n. 554 del 1999](#), nella parte in contrasto con il Codice dei contratti, tuttavia, una volta soppresso il riferimento alla disciplina regolamentare, appare agevole argomentare che i requisiti richiesti, seppure nella forma più favorevole e agevolata di cui all'articolo 253, comma 15-bis, non possano che essere quelli "ordinari" previsti pianamente e senza eccezioni dagli articoli 41 e 42 del Codice.

In conclusione si ritiene che l'interpretazione ministeriale fornita con la circolare in commento non possa essere condivisa acriticamente laddove ritiene che il d.P.R. n. 554 del 1999 non abbia subito limitazioni "implicite" con l'entrata in vigore del Codice dei contratti.

( da [www.bosettiegatti.it](http://www.bosettiegatti.it) )