

Norme acceleratorie del contenzioso
Accordo bonario sottoscritto ai sensi dell'art. 31 bis della legge
n. 109/94. Ipotesi di una risoluzione 'parziale' del contenzioso
correlato all'iscrizione di riserve sui documenti contabili

Determinazione del 9 ottobre 2002

(G.U. n. 256 del 31 ottobre 2002)

Premesso

Con comunicati in data 15 maggio e 4 giugno 2001 questa Autorità ha invitato i responsabili dei procedimenti a trasmettere i verbali di accordo bonario sottoscritti dalle amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi dell'articolo 31 bis della legge n. 109/94, successivamente all'entrata in vigore del regolamento di attuazione della legge quadro.

Dall'esame di tali verbali di accordo bonario sono state rilevate alcune singolarità o irregolarità applicative rispetto alla fattispecie prevista dalla vigente normativa, che hanno formato oggetto di specifico approfondimento.

In particolare, si è talvolta evidenziato — da parte della stazione appaltante — un'utilizzazione anomala dell'accordo bonario, finalizzato non al raggiungimento di un compenso omnicomprensivo a tacitazione di tutte le riserve iscritte dall'impresa nel registro di contabilità, bensì ad una risoluzione parziale del contenzioso in atto con l'impresa aggiudicataria, rinviando alla conclusione dei lavori un'ulteriore e complessiva valutazione.

La motivazione di una simile scelta è stata fondata sul fatto che alcune delle riserve formalmente iscritte erano diretta conseguenza (in quanto incentrate sul calcolo degli oneri conseguenti ad una protratta gestione) di lamentati eventi imprevedibili ed 'eccezionali' che avevano significativamente rallentato l'esecuzione dei lavori nella fase di avvio dell'appalto mentre altre concernevano fatti "oggettivi ed oramai definiti".

Per le prime, ritenendo che un recupero di produttività nel prosieguo dell'appalto avrebbe finito col ridimensionare le richieste dell'impresa, la stazione appaltante aveva perciò stabilito (d'intesa con l'affidatario) il rinvio dell'esame all'atto dell'ultimazione dei lavori, mentre per le seconde — considerando che fossero state superate le ragioni di doglianza dell'impresa — era stata attivata la procedura di cui all'articolo 31 bis della legge n. 109/94, pervenendo ad un accordo bonario che tacitava solo alcune delle riserve iscritte — sino ad allora — sui documenti contabili.

A tale proposito, e con riferimento a quanto rilevato in un caso specifico, vi è però da aggiungere che la scelta di rinviare la discussione alla fase consuntiva ha dato anche luogo, nel corso dell'iniziale esperimento di accordo bonario, allo stralcio di quelle riserve che — pur riguardando fatti all'epoca definiti — non avevano trovato, in prima battuta, una soluzione accettabile per entrambe le parti.

In esito ai preliminari esami, nei quali l'Autorità rilevava l'anomalia di una siffatta procedura, veniva rappresentato alla stazione appaltante interessata

Sezione Quarta

che nel caso in questione il ricorso all'accordo bonario 'parziale', a prescindere da qualsiasi valutazione di opportunità, non trovava conforto normativo ed esponeva comunque l'amministrazione al rischio di dover affrontare un procedimento contenzioso 'tradizionale', in termini di tempi e di costi. Tuttavia, per esprimere un giudizio di merito sugli effetti prodotti dalla procedura descritta — che fosse cioè suffragato anche da una ricognizione consuntiva in ordine al rispetto concreto di quei criteri di efficacia, efficienza, tempestività ed economicità ai quali deve improntarsi l'attività tecnico-amministrativa in materia di lavori pubblici — è stato preso in esame un caso ritenuto esemplare, disponendone il monitoraggio per quanto riguarda il restante *iter* esecutivo, finalizzato ad accertare l'ulteriore evoluzione del contenzioso.

All'atto della ultimazione dei lavori, la stazione appaltante ha comunicato che, in calce all'ultimo stato avanzamento lavori, l'impresa aveva iscritto ulteriori riserve (in numero quasi doppio di quelle sulle quali era stata imperniata l'iniziale procedura di risoluzione del contenzioso), richiamando per memoria anche quelle tacitate con l'accordo bonario, che venivano riproposte con riferimento al successivo *iter* realizzativo dell'appalto.

In estrema sintesi, il nuovo quadro della situazione è risultato il seguente:

- a) il contenzioso 'accantonato' all'atto del precedente tentativo di accordo bonario, in luogo di ridimensionarsi — come nelle previsioni della stazione appaltante — si è incrementato di circa il 50%;
- b) il contenzioso risolto bonariamente, perché attinente a fatti oggettivi e definiti, si è riproposto nei medesimi termini durante il prosieguo dell'appalto, producendo una richiesta che — anche sotto l'aspetto economico — risulta equivalente a quella precedentemente tacitata;
- c) l'ulteriore contenzioso ha superato ampiamente, per entità economica, quello che aveva formato oggetto dell'iniziale tentativo di accordo bonario.

Ritenuto in diritto

Tanto premesso, si ritiene opportuno analizzare più attentamente la fattispecie dell'accordo bonario 'parziale', con riferimento alla sua possibile utilità e, soprattutto, alla sua ammissibilità alla luce del quadro normativo attualmente vigente.

Il presente documento è stato redatto in data 10/04/2014.

Determinazioni

soluzione bonaria prospettata dalla stazione appaltante ... la sottoscrizione [dell'accordo bonario] determina la definizione di ogni contestazione sino a quel momento insorta».

Nell'ambito della procedura di accordo bonario non è quindi consentito rinviare ad una fase successiva dell'appalto il tentativo di composizione delle riserve, tanto nel caso in cui le stesse riguardino calcoli presuntivi di maggiori oneri conseguenti ad una protrazione dei tempi di esecuzione (calcoli passibili di differente articolazione e sviluppo in relazione all'arco temporale ed all'avanzamento dei lavori assunti come riferimento), quanto nel caso in cui le parti non convengano sulle modalità di tacitazione di una specifica doglianza iscritta nei documenti contabili.

Nella ricorrenza di entrambi detti casi, la stazione appaltante dovrà, pertanto, procedere alla preliminare valutazione di ammissibilità e «non manifesta infondatezza» delle riserve, formulando quindi una proposta di accordo da sottoporre all'impresa, anche se dovessero sussistere elementi per ritenere che un giudizio reso in via consuntiva possa comportare modificazioni nell'entità economica dell'importo offerto a tacitazione omnicomprensiva.

Quindi, tutte le circostanze che hanno dato luogo all'iscrizione di riserve sui documenti contabili in misura superiore ai limiti indicati dall'articolo 31 *bis* della legge devono essere considerate alla stregua di fatti oggettivi ed ormai definiti, in ordine ai quali il responsabile del procedimento — acquisite le relazioni del caso e sentito l'appaltatore — è tenuto a formulare una proposta, riferita a quelle circostanze ed a quell'ambito temporale, da intendersi come risolutiva *in toto*.

Resta impregiudicata la possibilità di dare luogo alla procedura di accordo bonario tutte le volte che le riserve iscritte dall'appaltatore raggiungano nuovamente l'importo fissato dalla legge, così come espressamente disposto dall'articolo 149, comma 7, del DPR n. 554/99.

L'anzidetta disposizione normativa chiarisce che ciò risulta ammissibile allorché dette riserve siano «ulteriori e diverse rispetto a quelle precedentemente esaminate»: al di là dell'ovvio significato per cui non si può riproporre l'esame di una precedente richiesta dell'impresa, sia stata essa tacitata o ritenuta inammissibile dalla stazione appaltante, ed aldilà dello stretto tenore letterale della disposizione medesima, sembra di poter trarre spunto per una riflessione in ordine alla possibilità che, nel corso di uno stesso appalto, si manifestino — a più riprese — identiche occasioni di controversia con l'appaltatore.

Se, ad esempio, in corso d'opera viene attivata più volte la procedura di accordo bonario ma sempre in relazione a riserve incentrate sul calcolo degli oneri per protratta gestione o fattispecie similari, non può che trarsi un giudizio negativo sulla conduzione dell'appalto da parte dell'amministrazione e, in particolare, ad opera dei soggetti investiti della gestione tecnica ed amministrativa dell'appalto medesimo ai quali — pare opportuno ricordarlo — possono essere addebitate le responsabilità contabili nel caso in cui dal loro operato derivi un danno per l'erario.

Dalle considerazioni svolte segue che

1. il ricorso, da parte delle stazioni appaltanti, ad un accordo bonario 'parziale' — limitato cioè alla risoluzione di alcune delle riserve iscritte, rin-

Sezione Quarta

viando alla fase conclusiva dell'appalto una valutazione complessiva delle altre — non assicura i risultati voluti dal legislatore ed è comunque precluso, stante la disposizione contenuta nell'articolo 149, comma 4, del DPR n. 554/99;

2. qualora le riserve riguardino circostanze suscettibili di differente apprezzamento economico, se rapportate all'intero svolgimento dell'appalto, il responsabile del procedimento — nella sua valutazione di ammissibilità e fondatezza, nonché nella successiva formulazione della proposta di accordo — deve comunque considerare le medesime circostanze alla stregua di fatti oggettivi ed oramai compiuti;
3. la possibilità di accedere più volte, nell'ambito dello stesso appalto, alla procedura di accordo bonario risulta ammissibile solo allorché le riserve analizzate siano ulteriori e diverse rispetto a quelle precedentemente esaminate, come specifica il comma 7 dell'articolo 149 del DPR n. 554/99;
4. qualora le riserve iscritte nei documenti contabili in una determinata fase dell'appalto — già formanti oggetto di un precedente tentativo di accordo — siano riconducibili ad una carente attività tecnico-amministrativa della stazione appaltante e vengano riproposte anche con riferimento al successivo *iter* realizzativo, il reiterato ricorso alla procedura di cui si tratta non può che dar luogo ad una negativa valutazione in ordine alla conduzione dell'appalto da parte dei soggetti investiti della sua gestione e della connessa responsabilità contabile, con i conseguenti addebiti nel caso in cui dal loro operato sia desumibile un danno erariale.

**Prime indicazioni sull'applicazione
della legge 1° agosto 2002, n. 166**
Determinazione del 16 ottobre 2002
(G.U. n. 261 del 7 novembre 2002)

Premesso

Sono pervenute da più parti all'Autorità richieste di chiarimenti sull'applicazione delle variazioni e integrazioni introdotte nella legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni dall'articolo 7 della legge 1° agosto 2002, n. 166, pubblicata sul supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 18, del 3 agosto 2002 e, pertanto, entrata in vigore il 18 agosto successivo. Data l'importanza di queste modifiche e considerata la non dilazionabilità d'un primo ed immediato intervento, per la parte almeno riguardante i formulati quesiti, onde evitare che si renda incerta e difforme, da stazione appaltante a stazione appaltante, l'applicazione delle nuove disposizioni, si offrono di seguito i risultati di una prima analisi ed interpretazione delle nuove norme.

Considerato

Preliminarmente, va rilevato che la legge 1° agosto 2002, n. 166 — come del resto quasi tutte le altre precedenti versioni della legge quadro in materia di lavori pubblici (ad eccezione della cosiddetta 'Merloni bis', d.l. 3 aprile 1995, n. 101 convertito con modificazioni dalla legge 2 giugno 1995, n. 216) — manca, tranne che per alcune norme, di specifiche disposizioni transitorie, che possano agevolare la soluzione dei relativi problemi interpretativi. Questi vanno risolti sulla base sia del criterio intertemporale comunemente indicato dalla giurisprudenza (v. ad esempio: Cons. St. sez. V, 11 maggio 1998 n. 226; Cons. St. sez. V, 14 aprile 2000 n. 2237; Cons. Sta. Sez. V, 22 settembre 2001 n. 4989), nel senso della vincolatività della *lex specialis* fissata con gli atti di gara, ancorché non coerente con lo *ius superveniens* eventualmente intervenuto dopo la loro emanazione (con la conseguenza di assoggettare il procedimento alla disciplina vigente all'epoca di pubblicazione del bando, e di considerare irrilevanti le modifiche normative intervenute successivamente a tale data), sia di quello seguito in via interpretativa in occasione dell'entrata in vigore della cosiddetta 'Merloni ter' (l. 18 novembre 1998, n. 415 e circolare del Ministero dei LL. PP, 22 dicembre 1999, n. 2100/UL) secondo cui, ed analogamente, le innovazioni normative intervenute si è inteso dovessero applicarsi esclusivamente ai bandi di gara pubblicati a partire dalla data di entrata in vigore delle nuove disposizioni mentre le procedure di gara in corso erano da assoggettare alle previgenti regole, anche se il relativo *iter* si fosse protratto successivamente all'entrata in vigore della nuova legge.

Questo criterio intertemporale ha poi avuto conferma con il regolamento di cui al DPR 21 dicembre 1999, n. 554, il cui articolo 232, comma 3, espressa-

Sezione Quarta

- mente prevede l'applicabilità delle proprie norme relative alle modalità di svolgimento delle procedure di gara ove i bandi fossero stati pubblicati successivamente alla propria entrata in vigore. Questi medesimi principi sono stati poi a base della determinazione dell'Autorità del 7 dicembre 2000, n. 54, riguardante il regime transitorio del DPR 21 dicembre 1999, n. 554.
- A) Nel merito dei quesiti avanzati, va in primo luogo osservato che, sul piano della delimitazione dell'ambito oggettivo d'applicazione della legge-quadro (art. 2, co. 1), non vi sono indicazioni da fornire, in quanto il testo introdotto dalla legge n. 166/2002 non ha apportato modifiche specifiche a quello previgente. Va rilevato soltanto che, anche per i contratti di fornitura e di servizi, ai sensi del comma 11-*septies*, aggiunto all'articolo 8 della legge quadro, i lavori, ove previsti ed anche se accessori e di rilievo economico inferiore al 50 per cento dell'importo dell'appalto, devono essere eseguiti esclusivamente da imprese in possesso di attestazione di qualificazione. Ciò pone la necessità che, ove la stazione appaltante ritenga che gli stessi debbano essere eseguiti direttamente dall'aggiudicatario, il bando di gara deve limitare la partecipazione alle associazioni temporanee o ai consorzi costituiti da fornitori o prestatori di servizi e da imprese di costruzioni munite delle relative necessarie qualificazioni. L'Autorità ha espresso il proprio avviso in ordine ai presupposti che consentono di classificare una prestazione come un appalto di lavori oppure come un contratto misto di forniture e di lavori accessori nella determinazione del 31 gennaio 2001, n. 5 che si ritiene sia utile richiamare ai fini di interpretare correttamente la nuova disposizione.
- B) Altri quesiti riguardano l'ambito di applicazione della legge quadro per i soggetti operanti nei settori speciali (*ex esclusi*). Va rilevato che ai sensi del nuovo comma 4 dell'articolo 2, tali soggetti sono assoggettati alle disposizioni della legge quadro, nei limiti previsti per gli «altri enti aggiudicatori», per quanto riguarda i lavori di qualsiasi importo relativi alle opere indicate nel DPCM n. 517/1997 attuativo dell'articolo 8, comma 6, del d.lgs. n. 158/1995 ed ai rilevati aeroportuali e ferroviari. Non è dettata disciplina alcuna per i lavori cosiddetti 'specialistici' e, pertanto, il loro affidamento deve essere effettuato, qualora d'importo pari o superiore alla soglia di cui al d.lgs. n. 158/1995, secondo le norme del detto decreto e, qualora d'importo inferiore, secondo i regimi propri dei soggetti che devono comunque avere la necessaria rispondenza ai principi comunitari.
- Il disposto, infine, di cui all'ultimo periodo del nuovo comma 4 dell'articolo 2 con disposizione chiara, anche alla luce del comma 14-*septies* dell'articolo 17 della legge quadro, stabilisce che gli enti in esame per gli appalti dei servizi d'ingegneria e architettura, con esclusione di quelli relativi a lavori assoggettati alla legge quadro, riguardanti lavori previsti in contratti di fornitura e di servizi, applicano le disposizioni di cui al detto d.lgs. n. 158/1995.
- C) Per quanto riguarda, poi, il sistema di qualificazione (art. 8), sono stati formulati quesiti concernenti la data di entrata in vigore delle modifiche apportate con la l. n. 166/2002, con particolare riferimento alla durata delle attestazioni di qualificazione rilasciate prima e dopo il 18 agosto 2002; è stato chiesto, inoltre, se debba considerarsi abrogata la disposizione che consente di autorizzare soggetti operanti nel settore della certificazione di

Determinazioni

qualità a svolgere l'attività di attestazione, oppure se tale autorizzazione possa essere ancora concessa e se per questi soggetti sussistono ancora particolari divieti nella loro attività. È stato chiesto, infine, di chiarire il contenuto della disposizione prevista dal quarto periodo della nuova lettera g) del comma 4 dell'articolo 8 della l. n. 109/1994 riguardante le attestazioni relative alla categoria OS2.

Al riguardo, va in primo luogo osservato che non è possibile, né per le attestazioni rilasciate prima del 18 agosto 2002 né per quelle rilasciate dopo il 18 agosto 2002 ma prima dell'introduzione della prevista modifica al DPR n. 34/2000, procedere alla verifica delle attestazioni entro il terzo anno del quinquennio di loro validità come introdotta dalla nuova lettera g) del comma 4 dell'articolo 8, stante la mancanza, allo stato, di indicazioni normative in merito alla ricorrenza dei requisiti di «capacità strutturale», per la prima volta richiamati nella suddetta disposizione.

Sulla base, inoltre, del fatto che quasi tutte le innovazioni introdotte in materia sono inserite in disposizioni che richiamano il regolamento di qualificazione che il Governo deve provvedere a modificare, si può ritenere che le stesse potranno entrare in vigore successivamente alla data di entrata in vigore della nuova stesura del regolamento indicato. In base allo stesso principio, la durata delle attestazioni rilasciate prima del 18 agosto 2002 continua ad essere pari a tre anni e così analogamente hanno durata triennale quelle rilasciate dopo il 18 agosto 2002 ma prima dell'entrata in vigore del nuovo regolamento di qualificazione. È auspicabile che il regolamento medesimo disponga circa l'eventuale possibilità di procedere a verifica delle vecchie attestazioni, prorogandone di conseguenza la validità.

È invece da ritenere che sia venuta meno, a partire dal 18 agosto 2002, la possibilità di autorizzare i soggetti operanti nella certificazione di qualità a svolgere anche l'attività di attestazione, stante la mancata riproduzione della previsione circa tale facoltà nel nuovo testo della lettera b) del comma 4 dell'articolo 8 della legge e stante la perdurante vigenza della disposizione (art. 7, co. 3, DPR n. 34/2000) secondo cui lo statuto delle S.O.A. deve prevedere come oggetto esclusivo l'attività di attestazione. Resta, tuttavia, in vigore il divieto per i soggetti operanti nella certificazione di qualità che, alla data del 18 agosto 2002, erano autorizzati a svolgere l'attività di attestazione, a svolgerla nei riguardi di soggetti cui essi hanno rilasciato la certificazione di qualità.

La disposizione, infine, prevista dal quarto periodo della nuova lettera g) del comma 4, dell'articolo 8 della l. n. 109/1994 riguardante le attestazioni relative alla categoria OS2 è da considerarsi di immediata applicazione; essa prevede che le attestazioni nella categoria OS2, comunque rilasciate alla data di entrata in vigore della l. n. 166/2002, hanno validità per tre anni ma consentono di partecipare alle gare soltanto se attestano il possesso dei requisiti previsti dal regolamento di cui all'articolo 8, comma 11-*sexies* (oggi decreto 3 agosto 2000, n. 294, come modificato dal decreto ministeriale 24 ottobre 2001, n. 420) vigente al momento della pubblicazione del bando. Ciò comporta l'opportunità di prevedere nel bando di gara che qualora l'attestazione sia stata rilasciata antecedentemente alla data di entrata in vigore del regolamento vigente al momento della pubblicazione del bando mede-

Sezione Quarta

simo, gli eventuali nuovi requisiti speciali previsti dal regolamento stesso devono essere dimostrati in sede di gara.

- D) Alcuni quesiti riguardano le disposizioni relative ai consorzi stabili. È stato chiesto, in particolare, quale sia il rapporto tra le nuove norme di cui all'articolo 12, commi *8-bis*, *8-ter*, della legge quadro e quelle contenute nel regolamento sulla qualificazione, e come debba essere interpretato il suddetto comma *8-bis*.

Al riguardo va in primo luogo osservato che le disposizioni di cui al nuovo comma *8-ter* dell'articolo 12 della legge quadro sono di immediata applicazione ed hanno, quindi, di fatto abrogato tutte le norme sulla qualificazione dei consorzi stabili previste dal DPR n. 34/2000 e dal DPR n. 554/1999. A partire dal 18 agosto 2002, i consorzi stabili acquisiscono quindi la qualificazione nel rispetto delle nuove disposizioni e, per quanto riguarda la qualità, nel rispetto di quanto precisato dall'Autorità nella determinazione n. 15, del 16 luglio 2002. La soppressione, invece, del divieto per le imprese facenti parte di un consorzio stabile di partecipare alle gare come consorziato di consorzi di diversa natura e/o di associazioni di imprese trova applicazione, sulla base di quanto precedentemente osservato in ordine alla successione delle leggi nel tempo, alle gare indette successivamente al 18 agosto 2002.

Per quanto riguarda, poi, le disposizioni del comma *8-bis*, concernenti l'incrementazione della cifra d'affari, esse si applicano solo agli appalti d'importo superiore a € 20.658.276 (pari a 40 miliardi di vecchie lire) per i quali, oltre al possesso dell'attestazione di qualificazione, che il regolamento di qualificazione considera condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti previsti ai fini dell'affidamento di lavori pubblici (art. 1, co. 3, 4, DPR n. 34/2000), occorre dimostrare di aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari pari ad almeno a tre volte l'importo a base di gara (art. 3, co. 6, DPR n. 34/2000). La detta cifra d'affari è pari esclusivamente alla somma di quelle conseguite da tutti i singoli consorziati facenti parte del consorzio, indipendentemente dal fatto che siano o meno indicati come consorziati per i quali il consorzio concorre (art. 13, co. 4, sec. per.) e, quindi, senza considerare la cifra d'affari del consorzio. Le rispettive cifre d'affari delle imprese consorziate vanno documentate sulla base di quanto previsto dal DPR n. 34/2000 ed il quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando va identificato con i cinque esercizi per i quali risultino approvati, alla data di pubblicazione del bando, i relativi bilanci. L'incrementazione percentuale della somma delle cifre d'affari delle imprese consorziate è, poi, da ritenersi pari alla:

- a) misura del 20% per quella relativa all'anno antecedente cinque anni da quello del bando di gara;
- b) misura del 15% per quella relativa all'anno antecedente quattro anni da quello del bando di gara;
- c) misura del 10% per quella relativa all'anno antecedente tre anni da quello del bando di gara;
- d) misura del 10% per quella relativa all'anno antecedente due anni da quello del bando di gara;
- e) misura del 10% per quella relativa all'anno antecedente un anno da quello del bando di gara;

Determinazioni

Va poi considerato al riguardo che dette disposizioni hanno, di fatto, abrogato quella di cui all'articolo 97, comma 4, del DPR n. 554/1999 che, tra l'altro, limitava la sua applicazione ai soli primi cinque anni dalla costituzione del consorzio.

- E) Con riferimento alla disciplina relativa al divieto di subappalto, alcuni dei proposti quesiti riguardano gli effetti dell'intervenuta sostituzione nell'articolo 13, comma 7, della legge quadro della parola «ciascuna» con le parole «una o più». Per effetto dell'apportata modifica, il nuovo testo dell'indicato comma 7 è nel senso che sussiste il divieto del subcontratto nel caso in cui nell'oggetto dell'appalto o della concessione rientrino «opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica» e «qualora una o più di tali opere superi altresì in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori».

In proposito, va in primo luogo ricordato che in vigenza del precedente testo («...e qualora ciascuna di tali opere superi altresì in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori, esse ...») il Ministero dei lavori pubblici (circolare 182/400/93 del 1 marzo 2000) e l'Autorità (determinazioni n. 15 del 18 luglio 2001, e n. 25 del 20 dicembre 2001) avevano interpretato la norma nel senso che il divieto di subappalto sussistesse soltanto se tutte le lavorazioni, previste dal bando di gara in aggiunta alla categoria prevalente, appartenenti alle categorie elencate nell'articolo 72, comma 4, del DPR n. 554/1999 oppure alle categorie generali, fossero, singolarmente considerate, d'importo superiore al 15% dell'importo complessivo dell'appalto. Il Tar del Lazio, (sentenza 1° agosto 2001, n. 6895, sezione III-bis) sovvertiva l'interpretazione di cui sopra, sostenendo che il divieto sussisteva per le lavorazioni appartenenti alle categorie elencate nell'articolo 72, comma 4, del DPR n. 554/1999 le quali, singolarmente considerate, superavano il 15% dell'importo complessivo dell'appalto, e ciò anche nel caso che le altre fossero di importo inferiore al 15% indicato. Di avviso contrario era, invece, il Tar dell'Emilia e Romagna (sentenza 21 agosto 2002, n. 1097, Sez I), che confermava l'interpretazione del Ministero dei LL.PP. e dell'Autorità, rilevando come la stessa fosse rispondente al principio comunitario (sentenza della Corte di Giustizia CE del 2 dicembre 1999, "Holst Italia"), che consente ai concorrenti di provare il possesso dei richiesti requisiti tecnici e finanziari avvalendosi delle referenze di altra impresa «qualunque sia la natura giuridica dei vincoli, a condizione che sia in grado di disporre effettivamente di tali capacità».

Va osservato che la modifica apportata al testo della norma dalla legge 166/2002 («... e qualora una o più di tali opere superi altresì in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori, esse ...») non appare di interpretazione univoca; né contribuiscono ad alcun chiarimento i relativi lavori parlamentari. Infatti, la nuova disposizione, anche con riferimento agli articoli 72, 73, 74 del DPR n. 554/1999 nonché all'articolo 18, comma 12, della legge 19 marzo 1990, n. 55, può essere anch'essa interpretata in tre modi diversi: ritenendo, cioè, che il divieto di subappalto sussista qualora la somma degli importi delle lavorazioni — previste dal bando di gara oltre alla categoria prevalente — appartenenti alle categorie elencate nell'articolo 72, comma 4, oppure alle categorie generali, superi il 15% dell'importo

Sezione Quarta

complessivo dell'appalto; ovvero che il divieto di subappalto trovi applicazione per tutte le suddette lavorazioni, indipendentemente dai loro singoli importi, qualora l'importo di almeno una di esse superi il 15% dell'importo complessivo dell'appalto; ovvero ancora, che il divieto di subappalto si applichi soltanto per quelle delle suddette lavorazioni il cui importo, singolarmente considerato, superi il 15% dell'importo complessivo dell'appalto. Ciò posto, sembra all'Autorità che la prima interpretazione si traduca, in sostanza, in un divieto quasi assoluto di subappalto. La seconda interpretazione, pur non comportando l'effetto indicato, implica anch'essa un eccessivo irrigidimento del sistema, in quanto il divieto di subappalto riguarderebbe anche lavorazioni di importo molto limitato, con la conseguente necessità di un quasi obbligo per le imprese di partecipare alle gare costituendo raggruppamenti di tipo verticale. Sembra, quindi, che l'unica lettura della norma che sia coerente con quanto prescritto dal comma 3, dell'articolo 18, della legge n. 55/1990 — che prevede la subappaltabilità di tutte le lavorazioni previste dai bandi diverse da quelle della prevalente — e con i principi comunitari richiamati nella citata sentenza del Tar dell'Emilia Romagna, sia quella di cui alla terza delle indicate soluzioni, secondo cui il divieto di subappalto si applica alle sole lavorazioni, previste dal bando di gara oltre alla categoria prevalente, appartenenti alle categorie elencate nell'articolo 72, comma 4, oppure alle categorie generali, il cui importo, singolarmente considerato, supera il 15% dell'importo complessivo dell'appalto. Interpretazione, quella indicata, che trova conferma nell'ultimo periodo aggiunto dalla legge 166/2002 al comma 7 dell'articolo 13 della legge n. 109/1994, secondo cui «per le medesime speciali categorie di lavori, che siano indicate nel bando di gara, il subappalto, ove consentito, non può essere artificialmente suddiviso in più contratti». La norma lascia intendere, infatti, che le lavorazioni indicate nel bando, oltre alla categoria prevalente, sono di due tipi: quelle subappaltabili e scorporabili in quanto di importo pari o inferiore al 15 per cento dell'importo complessivo dei lavori e quelle solo scorporabili, in quanto di importo superiore al 15 per cento dell'importo complessivo dei lavori

Va precisato che la nuova normativa non ha inciso sul fatto che le lavorazioni delle categorie a qualificazione obbligatoria (secondo le indicazioni della tabella A allegata al DPR n. 34/2000), indipendentemente se subappaltabili o non subappaltabili, debbono essere eseguite (sia come aggiudicatario sia come subappaltatore) soltanto da imprese qualificate nella specifica categoria, con la conseguenza che non esiste nessun problema per quanto riguarda la qualità dell'esecuzione. Restano, quindi, ancora valide le indicazioni in materia di bandi di gara e di esecuzione dei lavori, fatto salvo quanto prima precisato in ordine al divieto di subappalto, contenute nella determinazione dell'Autorità n. 25 del 20 dicembre 2001.

In merito al divieto di subappalto, si è posto anche il problema se lo stesso operi, nel presupposto prima precisato, nei riguardi delle sole lavorazioni indicate nel bando di gara oltre alla categoria prevalente che siano appartenenti all'elenco dell'articolo 72, comma 4, del DPR n. 554/1999, o anche nei riguardi di quelle appartenenti alle categorie generali. L'Autorità ha espresso l'avviso, nella richiamata determinazione n. 25/2001, che il divieto operi

Determinazioni

anche nei riguardi delle categorie generali, in quanto così va interpretato l'articolo 74, comma 2, del DPR n. 554/1999 ed in quanto le lavorazioni della categorie generali presentano sicuramente aspetti tecnici non inferiori a quelli di molte delle lavorazioni di cui alla suddetta elencazione. A tal proposito si suggerisce alle stazioni appaltanti di specificare nei bandi di gara — che, come è noto, costituiscono la *lex specialis* della stessa — il suddetto avviso, in modo che i concorrenti siano resi edotti delle specifiche regole per essa previste.

Va infine precisato che sicuramente fra le categorie alle quali, nel presupposto prima specificato, si applica il divieto di subappalto, è da comprendere la categoria OG11, in quanto questa va considerata appartenente all'elenco delle strutture, impianti ed opere speciali di cui all'articolo 72, comma 4, del DPR n. 554/1999, per la ragione che non è altro che la somma delle lavorazioni indicate nelle lettere *b), d), e)* del suddetto comma, e cioè delle categorie specializzate OS3, OS5, OS28 e OS30 per le quali nessun dubbio o incertezza esiste in ordine al suddetto divieto di subappalto. Va anche confermato l'avviso contenuto nel punto B della determinazione dell'Autorità del 7 maggio 2002 n. 8, in ordine alla possibilità per le imprese qualificate nella categoria OG11 di partecipare alle gare che prevedano una o più delle suddette quattro categorie specializzate, possibilità che è indipendente dall'eventuale previsione dei bandi (TAR Veneto sez. I, 1° agosto 2002, n. 3837), ma che è opportuno sia indicata negli stessi.

- F) In ordine alle modifiche apportate all'articolo 17 della legge n. 109/1994, è stato chiesto se le società di ingegneria possano partecipare alle gare di importo inferiore alla soglia d'applicazione della disciplina comunitaria anche nel caso in cui le stesse siano state indette prima del 18 agosto 2002. È stato chiesto, inoltre, se l'obbligo degli affidatari degli incarichi professionali di comprovare la propria regolarità contributiva (art. 17, co. 8, ult. per.) si applichi o meno alle gare indette prima del 18 agosto 2002. Infine, è stato formulato il quesito di come debba essere interpretata la disposizione (art. 17, co. 12-ter, ult. per.) che per la determinazione dei corrispettivi spettanti ai soggetti incaricati di redigere progetti prevede l'applicazione del decreto del Ministro della giustizia del 4 aprile 2001, fino all'emanazione d'un nuovo decreto interministeriale.

L'Autorità, in primo luogo, ritiene importante esprimere il proprio avviso sulla necessità che l'innalzamento della soglia per l'affidamento fiduciario non comporti un effetto negativo sul mercato dei servizi di ingegneria e, pertanto, invita le stazioni appaltanti a conformarsi alle indicazioni contenute nelle determinazioni n. 8 in data 8 novembre 1999, n. 5 del 17 febbraio 2000, n. 17 del 5 aprile 2000, n. 57 del 27 dicembre 2000, n. 18 del 26 luglio 2001, n. 3 del 27 febbraio 2002, n. 16 del 16 luglio 2002, n.18 del 24 luglio 2002, n. 20 del 30 luglio 2002, rispetto che ritiene ancora più indispensabile stante il nuovo limite per il suddetto affidamento fiduciario. Alle stazioni appaltanti spetta di osservare comportamenti concreti che non facciano discendere dall'affidamento fiduciario degli incarichi un loro frazionamento, con vanificazione del principio della concorrenza ed una cristallizzazione del mercato locale che rimanga riservato, sempre più, a progettisti già specializzati nell'ambito di intervento per precedenti rapporti con la stessa amministrazione.

Sezione Quarta

Ciò premesso, per quanto riguarda il primo quesito, va considerato che l'innovazione legislativa di cui all'articolo 7 della legge n. 166/2002 riproduce un indirizzo giurisprudenziale interpretativo già consolidato nel precedente sistema. Ne consegue l'incontestabilità del diritto alla partecipazione per le società indicate, anche con riferimento alle gare il cui bando sia stato pubblicato prima della riforma. Analogamente, di non difficile soluzione sembra il secondo dei formulati quesiti rispetto al quale, sulla base delle precedenti considerazioni in ordine agli effetti della successione di leggi nel tempo, sembra preferibile la tesi secondo cui vanno comunque rispettate le previsioni del bando di gara, con la conseguenza che le nuove norme non trovano applicazione per le gare già bandite al 18 agosto 2002.

Per quanto riguarda, infine, il quesito concernente la determinazione dei compensi dovuti ai progettisti, va in primo luogo osservato che l'interpretazione della disposizione ha effetto anche con riferimento all'appalto integrato, (art. 19, co. 1-ter) per il quale l'ammontare delle spese per la progettazione va determinato in conformità alla normativa concernente le relative gare. Va poi rilevato che la richiesta di parere è motivata dal fatto che il decreto 4 aprile 2001, cui si fa riferimento nell'ultimo periodo del nuovo comma 12-ter dell'articolo 17, è stato annullato, integralmente e con efficacia *erga omnes*, con sentenza del Tar Lazio Sez. I, 23 luglio 2002, n. 6552 e, quindi prima dell'entrata in vigore della legge n. 166/2002, la cui pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale è avvenuta il 3 agosto 2002. L'annullamento è stato, poi, confermato con sentenza dello stesso Tar in data 8 agosto 2002, n. 7067 e, quindi, dopo la pubblicazione della legge n. 166/2002 sulla Gazzetta Ufficiale.

Al riguardo, potrebbe sostenersi sia che il richiamo al decreto indicato contenuto nell'ultimo periodo del comma 12-ter aggiunto all'articolo 17 della legge quadro abbia comportato una sorta di 'legificazione' dello stesso, su cui non può avere inciso la sentenza di annullamento del Tar, con la conseguenza della sua perdurante applicazione fino all'emanazione del nuovo previsto decreto interministeriale, sia l'inconfigurabilità di una 'legificazione', per rinvio, di un provvedimento amministrativo annullato, per giunta antecedentemente all'entrata in vigore della legge che allo stesso rinvia. A preferire tale ultima soluzione interpretativa sembra indurre il fatto che la legge n. 166/2002, pur avendo inserito nell'articolo 17 della legge quadro il suddetto comma 12-ter, non ha soppresso il comma 14-ter dello stesso articolo, il quale stabilisce che, fino all'emanazione del decreto previsto dall'articolo 12-bis (che è poi quello annullato dal Tar), continuano ad applicarsi le tariffe professionali in vigore e cioè quelle della legge 2 marzo 1949, n. 143. Al riguardo, mentre risulta pacifica la funzionalità di approvazione di nuovo provvedimento dei Ministri della giustizia e delle infrastrutture, risulta opportuno, comunque, al fine di evitare contestazioni in sede di liquidazione dei corrispettivi, che di detta interpretazione sia fatta esplicita indicazione nei bandi di gara e nei contratti con i professionisti.

- G) Per quanto riguarda le modifiche apportate all'appalto integrato (art. 19, co. 1, lett. b), è stato richiesto se i concorrenti, in base alla nuova normativa, debbano possedere l'attestazione di qualificazione per la progettazione e per la costruzione, oppure possano partecipare alla gara con la qualificazione per sola costruzione. È stato chiesto, inoltre, se sia sufficiente il possesso dell'at-

Determinazioni

testazione di progettazione e costruzione oppure sia necessaria anche la dimostrazione del possesso dei requisiti previsti per l'affidamento dei servizi di progettazione, o di requisiti progettuali individuati in via discrezionale dalla stazione appaltante. Infine, è stato formulato il quesito se, nel caso che il concorrente sia in possesso dell'attestazione di qualificazione per sola costruzione, i requisiti dei progettisti dallo stesso indicati o associati debbano essere quelli previsti per l'affidamento dei servizi di progettazione determinati sulla base dell'importo globale dell'appalto oppure sulla base di tale importo al netto delle spese di progettazione.

Anche per l'appalto integrato l'Autorità, a parte ogni valutazione sul cambiamento rispetto alla precedente netta separazione tra progettazione e realizzazione dell'opera, precisa che spetta alle stazioni appaltanti osservare comportamenti che comunque ne comporti un impiego, in particolare sotto la soglia di € 200.000, che non privilegi le esigenze della realizzazione delle opere e quindi delle imprese costruttrici rispetto a quelle esigenze che sono tutelate con la progettazione, e cioè la qualità delle opere e i loro costi, e che non si determini un eccessivo contrarsi del mercato delle progettazioni esecutive, e ciò con attenta comparazione, per i piccoli lavori, tra uso dell'appalto integrato e natura degli interventi da realizzare.

Per quanto riguarda il primo quesito, in base al combinato disposto dell'articolo 3, commi 2 e 8, del DPR n. 34/2000 e dell'articolo 19, comma 1-ter, della legge n. 109/1994, si può ritenere che, al fine di partecipare ad un appalto integrato, qualunque ne sia l'importo, i concorrenti possono essere in possesso sia della attestazione di qualificazione per progettazione e costruzione sia di quella per sola costruzione. In caso di possesso dell'attestazione per progettazione e costruzione, è necessario che la relativa classifica sia sufficiente a coprire la somma degli importi dei lavori, della sicurezza e della progettazione e che il concorrente sia inoltre in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 63, comma 1, lettera o) (nel caso che l'importo delle spese di progettazione sia compreso fra € 100.000 e la soglia di applicazione della disciplina comunitaria) oppure dall'articolo 66 (nel caso che l'importo delle spese di progettazione sia pari o superiore alla soglia di applicazione della disciplina comunitaria) del DPR n. 554/1999. Nel caso, invece, del possesso dell'attestazione di sola costruzione oppure del possesso di attestazione per progettazione e costruzione ma in carenza degli ulteriori specifici requisiti in precedenza indicati, è necessario che la classifica dell'attestazione posseduta sia sufficiente a coprire la somma degli importi dei lavori e della sicurezza e che il concorrente indichi o associi un progettista e che il progettista indicato o associato possieda i requisiti specifici di cui alla lettera o) del primo comma dell'articolo 63 o dell'articolo 66 del DPR n. 554/1999.

Con specifico riferimento, poi, a detti ultimi requisiti, si ritiene che gli stessi debbano essere quantificati, per quanto riguarda quelli di cui all'articolo 66, comma 1, lettera a), del DPR n. 554/1999, con riferimento all'ammontare delle spese di progettazione esecutiva indicato nel bando di gara e per quanto riguarda quelli di cui all'articolo 63, lettera o), e all'articolo 66, comma 1, lettere b), c), con riferimento all'importo dei lavori di ognuna delle classi e categorie nelle quali si suddivide l'intervento, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali. Si ritiene poi

Sezione Quarta

che i requisiti medesimi, nel caso in cui il concorrente non indichi o associ un progettista, debbano essere dimostrati con riferimento ai progetti esecutivi redatti direttamente dalla struttura tecnica del concorrente stesso, determinando, ai fini del requisito di cui all'articolo 66, comma 1, lettera a), del DPR n. 554/1999, i corrispettivi che sarebbero spettati, sulla base della tariffa professionale vigente al momento della redazione dei progetti, a professionisti non appartenenti alla suddetta struttura tecnica del concorrente medesimo.

- H) In merito all'estensione del criterio di aggiudicazione sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa operata dal nuovo comma 1-ter dell'articolo 21 della legge quadro, è stato chiesto se esso possa essere impiegato solo nel caso che a base di gara sia posto il progetto definitivo o anche nel caso che a base di gara sia posto un progetto esecutivo.

Va osservato in proposito che la nuova disposizione prevede che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa possa essere impiegato, oltre ai casi previsti in precedenza (appalto concorso e concessione), qualora siano presenti i seguenti presupposti: l'importo dei lavori è superiore alla soglia comunitaria e nell'intervento è prevalente la componente tecnologica, o le soluzioni progettuali hanno particolare rilevanza tecnica e, quindi, rendono possibile un miglioramento della progettazione da parte dei concorrenti.

In base a tali presupposti si deve ritenere possibile l'impiego del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sia se si pone a base di gara un progetto esecutivo sia se si pone a base di gara un progetto definitivo. Va però osservato che, qualora la stazione appaltante ritenga di fare ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non è opportuno che la stessa impegni proprie risorse per redigere un progetto esecutivo, destinato ad essere variato anche in aspetti rilevanti. Ne consegue, in tal caso, l'opportunità di fare ricorso all'appalto integrato, in quanto i presupposti prima indicati coincidono con quelli che consentono tale forma d'appalto. In ogni caso è opportuno che le stazioni appaltanti, nel caso di ricorso al criterio in esame, provvedano alla nomina di una commissione per la valutazione delle offerte.

- I) Con riferimento alle modifiche riguardanti la cauzione definitiva (art. 30, co. 2), è stato chiesto come debba essere interpretata la norma secondo cui le nuove disposizioni «si applicano anche ai contratti in corso», con specifico riferimento al caso in cui il contratto è stato già stipulato ed i lavori sono in corso di esecuzione, al caso in cui il contratto è in fase di formalizzazione e fa seguito ad un bando pubblicato prima dell'ultima modifica, al caso in cui il contratto è relativo ad un atto aggiuntivo ad un contratto già formalizzato. In proposito, mentre nulla osta all'immediata applicazione a tutti i contratti in corso d'esecuzione dei nuovi e semplificati meccanismi di svincolo della cauzione (pur se l'applicazione della normativa reca in sé il rischio di costituire un disincentivo all'adempimento corretto), non risulta ammissibile e pacifica l'applicazione della nuova disciplina sulla quantificazione della stessa. L'aggravio dell'aggiudicatario che scaturisce dalla prevista incrementazione della cauzione comporta un'alterazione sostanziale *ex post* dell'equilibrio contrattuale e può generare controversie tra le parti in ordine ad un'eventuale risoluzione del contratto.

Determinazioni

L) Con riferimento al nuovo testo dell'articolo 31-bis della legge quadro, è stato chiesto quale sia la disciplina applicabile alle gare la cui aggiudicazione è avvenuta precedentemente al 18 agosto 2002. La richiesta di chiarimento trae origine dal fatto che, ai sensi del comma 1-*quater* del novellato articolo 31-bis, le nuove disposizioni «non si applicano ai lavori per i quali l'individuazione del soggetto affidatario sia già intervenuta alla data di entrata in vigore della presente disposizione.».

Al quesito si ritiene di dover rispondere nel senso che per i lavori già aggiudicati alla data del 18 agosto 2002 debba continuare ad applicarsi la normativa precedentemente vigente e ciò in quanto, con la disposizione transitoria indicata, l'effetto abrogante è diversamente cadenzato con riferimento alla data di aggiudicazione dell'appalto. Soluzione, quella suggerita, che è anche coerente con il principio codificato dall'articolo 232, comma 2, del DPR n. 554/1999, secondo il quale i modi ed i contenuti delle reciproche obbligazioni sono disciplinate, nel caso di successioni di legge nel tempo, da quelle vigenti al momento della stipulazione del contratto.

M) Altri quesiti riguardano le modifiche introdotte all'istituto del promotore e, in particolare, concernono la possibilità di applicare le disposizioni di cui al penultimo ed ultimo periodo dell'art. 37-*ter* della legge quadro, introdotti dalla legge n. 166/2002 ai procedimenti in corso.

In primo luogo va ricordato che la possibilità di realizzare lavori pubblici o di pubblica utilità su iniziativa del privato e con risorse totalmente o parzialmente private è stata introdotta nell'ordinamento con la cosiddetta 'Merloni *ter*' (l. n. 415/1998 che ha aggiunto nella legge quadro gli articoli da 37-*bis* a 37-*novies*).

Come è noto, il procedimento prende l'avvio con la presentazione di una proposta da parte di un promotore, adeguatamente qualificato (art. 99 DPR n. 554/1999), avente ad oggetto l'esecuzione e la gestione di un intervento già inserito dall'amministrazione nella propria programmazione triennale ed ivi previsto da realizzarsi con finanziamento privato (art. 14, co. 2, 3; art. 37-*bis*, l. quadro); tale proposta è sottoposta ad una valutazione dell'amministrazione ed in caso di esito positivo è posta a base di una gara per individuare, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il soggetto o i due soggetti chiamati successivamente a competere con il promotore al fine di ottenere la concessione di costruzione e gestione dell'intervento proposto [art. 37-*quater*, co. 1, lett. a), l. quadro]; l'affidamento della concessione avviene al termine di una procedura negoziata 'plurima', in cui l'amministrazione mette a confronto il promotore ed il soggetto o i soggetti selezionati mediante valutazione comparativa delle diverse offerte [art. 37-*quater*, co. 1, lett. b), l. quadro].

Ciò premesso, le nuove disposizioni — intese a rimuovere quegli elementi di criticità che nel primo periodo di applicazione dell'istituto hanno costituito una remora al suo sviluppo, con l'introduzione della cosiddetta prelazione a favore del promotore (affidamento al promotore in qualità di concessionario, ove adegui il progetto a quello risultato vincitore) — a parte la configurabilità di disarmonie rispetto ai principi comunitari, se da un lato possono incentivare la presentazione di proposte, dall'altro rischiano di limitare l'interesse del mondo produttivo a partecipare alla gara per l'in-

Sezione Quarta

dividuazione dei due partecipanti alla prevista procedura negoziata, gara il cui risultato può essere vanificato con l'anzidetta prelazione.

In primo luogo va osservato che le modifiche introdotte nel procedimento del promotore dalla legge n. 166/2002 non hanno alterato nella sostanza la fase della presentazione della proposta e della sua valutazione da parte dell'amministrazione e sono di immediata applicazione. Il rinvio al regolamento nel testo di cui al novellato comma 1 dell'articolo 37-bis è operato, infatti, al solo fine di «detta[re] indicazioni per chiarire e agevolare le attività di asseverazione», senza alcun riferimento a modifiche di disciplina sostanziale dell'istituto. Sono state, invece modificate le due fasi della gara, quella per l'individuazione dei soggetti da invitare alla procedura negoziata e quella della procedura negoziata medesima. Relativamente alla prima fase, è ora possibile scegliere i soggetti anche mediante appalto concorso; relativamente alla seconda, merita soprattutto di essere segnalata la posizione di vantaggio attribuita al promotore, che ora gode di una sorta di diritto di prelazione sull'offerta giudicata dall'amministrazione più conveniente in esito alla procedura negoziata.

Ciò considerato in linea generale, può esaminarsi il quesito in ordine all'individuazione della disciplina applicabile ad una procedura di affidamento di concessione che ha avuto inizio con una proposta di un promotore e che era in corso (in particolare: è stato già pubblicato il bando per individuare i soggetti da invitare alla procedura negoziata) al momento di entrata in vigore della legge n. 166/2002.

Alla luce di quanto si è premesso in ordine alla successione delle leggi nel tempo, occorre dunque accertare quale possa essere il momento della pubblicazione del bando nella peculiare procedura disciplinata dagli articoli 37-bis e seguenti della legge quadro, onde individuare il criterio temporale che consente il discrimine tra l'applicazione della vecchia e della nuova normativa. Tale non può ritenersi certo l'inserimento dell'intervento nella programmazione triennale dei lavori pubblici da parte dell'amministrazione, la quale vale solo a rendere pubblica l'intenzione di riservare al finanziamento privato determinati interventi.

Sulla base delle considerazioni che precedono e dei ricordati criteri, è invece più corretto ritenere "bando" quello pubblicato per la scelta di colui o coloro che competeranno con il promotore. Tale atto infatti introduce una vera e propria procedura di gara, stimola la presentazione delle offerte ed inoltre produce l'effetto di rendere vincolante come offerta la stessa proposta del promotore — previamente garantita — in caso di mancanza di competitori, effetto sancito dall'articolo 37-quater, comma 2, della legge quadro. Ciò comporta che alle gare indette prima del 18 agosto 2002 non sia possibile applicare le nuove disposizioni.

Occorre però esaminare se il vecchio assetto normativo debba disciplinare anche la successiva fase della procedura negoziata, oppure se in questa possano trovare ingresso le nuove previsioni legislative e quindi le nuove disposizioni di cui al penultimo ed ultimo periodo dell'articolo 37-ter della legge quadro, come introdotti dalla legge n. 166/2002 e riguardanti in particolare la prelazione del promotore.

Non sembra possibile la seconda soluzione, in quanto il procedimento volto all'affidamento della concessione è da considerarsi unitario, ancorché articolato in due sottofasi che non possono essere considerate autonome.