



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

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

Torino, 16 ottobre 2006

Spett.le
Comunità montana delle Valli Curone Grue Ossoina
Piazza Roma, 12
15056 San Sebastiano Curone (AL)

Quesito: Qualificazione giuridica della prestazione di redazione di variante strutturale al piano regolatore generale. Modalità e procedura per l'affidamento della prestazione e individuazione dei soggetti ammessi a partecipare alla procedura selettiva. Parere e studio generale.

1. Premessa

Il quesito posto riguarda la qualificazione giuridica della prestazione avente ad oggetto la redazione di variante strutturale al piano regolatore generale, le modalità e le procedure per l'affidamento di tale prestazione e la conseguente individuazione dei soggetti che possono essere ammessi a partecipare alla procedura per l'affidamento del relativo contratto.

2. La redazione di variante strutturale al piano regolatore generale come prestazione di servizio.

La questione preliminare all'individuazione della disciplina applicabile per l'affidamento del relativo incarico concerne la qualificazione giuridica della prestazione avente ad oggetto la redazione di una variante strutturale al Piano



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

regolatore generale (d'ora in poi PRG) *ex* l.r. Piemonte 5 dicembre 1977, n. 56, *Tutela ed uso del suolo*, art. 17, co. 4°. È utile premettere che le questioni poste devono essere risolte alla luce del recente d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, entrato in vigore il 3 luglio 2006 per la disciplina che qui interessa (d.lgs. n. 163/2006, art. 257 sul punto non modificato dagli emendamenti approvati in sede di conversione del d.l. 12 maggio 2006, n. 173, *Proroga di termini per l'emanazione di atti di natura regolamentare*, art. 1-*octies*) con contestuale abrogazione sia del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 che della l. 11 febbraio 1994, n. 109 (d.lgs. n. 163/2006, art. 256).

L'attività di redazione di variante strutturale al PRG non costituisce una «attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione, di opere» – ove per «opera» si intende il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica, sia essa il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile, ovvero di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica (d.lgs. n. 163/2006, art. 3, co. 8°) – e pertanto non può essere qualificata come prestazione di lavori, né può quindi essere oggetto di un appalto pubblico di lavori (che consiste nell'esecuzione o, congiuntamente, nella progettazione esecutiva e nell'esecuzione di un'opera *ex* d.lgs. n. 163/2006, art. 3, co. 7°).

Analogamente è da escludere la qualificazione dell'attività di redazione di variante strutturale al PRG come prestazione di fornitura, poiché non consiste in un «acquisto, locazione finanziaria, locazione o acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti» (d.lgs. n. 163/2006, art. 3, co. 9°).



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

L'attività di redazione di variante strutturale al PRG può quindi essere qualificata come prestazione di servizio ai sensi del d.lgs. n. 163/2006, art. 3, co. 10°, che definisce in via residuale le prestazioni che non sono di forniture o di lavori, con rinvio all'allegato II del d.lgs. n. 163/2006. In particolare l'allegato IIA, categoria n. 12, d.lgs. n. 163/2006 qualifica come prestazione di servizio i «servizi attinenti all'architettura all'ingegneria, anche integrata; servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica; servizi affini di consulenza scientifica e tecnica» (v. anche Direttiva CE 31 marzo 2004, n. 2004/18, art. 1, § 2, lett. *d* e allegato IIA; con specifico riferimento alla redazione di strumenti urbanistici: Cons. Stato, sez. IV, 2001, n. 4573 ; Cons. St., sez. IV, 27 novembre 2000, n. 6315 ; Cass. sez. un., 19 ottobre 1998, n. 10370).

Occorre chiarire se la prestazione di servizio così definita dalla normativa europea e nazionale in materia di contratti pubblici sia oggetto di un appalto pubblico di servizi da aggiudicarsi secondo le modalità previste in via generale dal d.lgs. n. 163/2006 oppure sia sottoposta alla specifica disciplina dettata per le attività di progettazione di lavori pubblici *ex* d.lgs. n. 163/2006, art. 90 e s., che pur costituiscono una specie della più generale categoria degli appalti pubblici di servizi.

Non pare che l'attività di redazione di variante strutturale al PRG possa ricondursi alla progettazione di lavori pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 90 e s. poiché non si tratta di prestazione connessa alla successiva realizzazione di un'«opera» pubblica o di un «lavoro» pubblico come definiti dal d.lgs. n. 163/2006, art. 3, co. 7° e 8° e classificati nell'allegato I.



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

La redazione di variante strutturale al PRG costituisce infatti una prestazione indipendente ed autonoma rispetto al possibile oggetto di un appalto pubblico di lavori cui solo si riferisce l'attività di progettazione che trova disciplina specifica nel d.lgs. n. 163/2006, art. 90 e s. e nel d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, art. 50 e s. (di cui sono abrogati solo gli art. 55, 57 e 59: d.lgs. n. 163/2006, art. 256, co. 1° e 4°). L'attività di progettazione di lavori ha ad oggetto le «prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di lavori, nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale dei lavori pubblici» (d.lgs. n. 163/2006, art. 90, co. 1°, già l. n. 109/1994, art. 17, co 1°) nonché i «servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria anche integrata e gli altri servizi tecnici concernenti la redazione del progetto preliminare, del progetto definitivo ed esecutivo nonché le attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione» (d.P.R. n. 554/1999, art. 50, co. 1°).

La redazione di variante strutturale al PRG non comporta la redazione di un progetto preliminare, definitivo o esecutivo di un'opera pubblica né consiste in prestazioni strumentali (direzione dei lavori, supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento) a tale progettazione e alla successiva attività di realizzazione dell'opera. Si tratta invece di una prestazione di servizio attinente «all'urbanistica e alla paesaggistica» che è oggetto di un appalto pubblico di servizi come espressamente previsto dall'allegato IIA, categoria n. 12, d.lgs. n. 163/2006.



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

L'affidamento del relativo incarico non soggiace quindi alla disciplina speciale sull'affidamento degli incarichi di progettazione di lavori pubblici dettata dal d.lgs. n. 163/2006, art. 91.

3. Le procedure di affidamento dell'incarico di redazione di variante strutturale al PRG.

La redazione di una variante strutturale al PRG è dunque una prestazione di servizio (allegato IIA, categoria n. 12, d.lgs. n. 163/2006) che ove dedotta come oggetto di un appalto pubblico comporta l'applicazione delle procedure di aggiudicazione di cui al d.lgs. n. 163/2006.

Occorre però osservare che non ogni prestazione di servizio è necessariamente oggetto di un appalto pubblico di servizi: talune prestazioni possono essere oggetto di tipi contrattuali (contratto di lavoro subordinato, prestazione d'opera intellettuale, ecc.) diversi dall'appalto pubblico come definito dalla disciplina giuridica nazionale e comunitaria.

Le fattispecie contrattuali sottratte all'applicazione della disciplina giuridica europea e nazionale in materia di appalti pubblici sono in essa espressamente indicate, atteso che la nozione di «appalto pubblico» ai sensi della disciplina di cui alla direttiva CE n. 18/2004 e al d.lgs. n. 163/2006 non si esaurisce nella definizione data dall'art. 1655 cod. civ. per l'ordinamento giuridico nazionale.

In particolare, sono appalti pubblici di servizi tutti i contratti, tipici, atipici e nominati previsti dall'ordinamento nazionale, che risultano compresi nella



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

definizione di cui all'art. 3, co. 3°, 6° e 10°, d.lgs. n. 163/2006 («contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto [...] la prestazione di servizi come definiti dal presente codice») ed aventi ad oggetto uno dei servizi di cui all'allegato II (cfr. art. 1, § 2, lett. a) e d), direttiva CE n. 18/2004). Per la stipulazione dei contratti di appalto pubblico aventi ad oggetto le prestazioni di servizio di cui all'allegato IIB del d.lgs. n. 163/2006 e della direttiva CE n. 18/2004 non vi è l'obbligo di osservare integralmente le procedure previste per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (art. 20, d.lgs. n. 163/2006 e art. 21, direttiva CE n. 18/2004). I servizi indicati dall'art. 16, direttiva CE n. 18/2004 e dall'art. 19, d.lgs. n. 163/2006 risultano infine esclusi dalla disciplina sugli appalti pubblici di servizi.

La redazione di una variante strutturale al PRG è una prestazione di servizio che trova disciplina nell'allegato IIA, categoria n. 12, d.lgs. n. 163/2006 e non può pertanto ricondursi ad alcuna delle menzionate categorie di servizi espressamente escluse dall'applicazione integrale del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006).

3.1 La distinzione tra la prestazione d'opera e l'appalto pubblico.

Talune pronunce giurisprudenziali hanno tuttavia ritenuto di poter qualificare l'affidamento dell'incarico di redazione di strumenti urbanistici – tra cui può includersi la redazione di variante strutturale al PRG – come contratto di prestazione d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 cod. civ.



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

Si è ritenuto che la qualificazione soggettiva del prestatore di servizi come professionista non imprenditore escluda che il contratto possa essere qualificato come appalto (art. 1655 cod. civ.), fattispecie che presuppone la natura giuridica imprenditoriale del prestatore del servizio (art. 2082 cod. civ.). Il professionista svolge infatti la prestazione d'opera intellettuale senza organizzazione di mezzi e utilizzazione di lavoro altrui (Cons. Stato, sez. IV, 29 agosto 2001, n. 4573 e Cass., sez. un., 19 ottobre 1998, n. 10370; Cass., sez. II, 29 maggio 2001, n. 7307; Id., 17 luglio 1999, n. 7606; Id., 4 giugno 1999, n. 5451; Id., 27 gennaio 1997, n. 819; T.a.r. Puglia, sez. I, 27 ottobre 1997, n. 715; in tal senso con riferimento all'attività di gestione di immobili appartenenti all'amministrazione pubblica Cass., sez. un., 12 giugno 1999, n. 330/SU ma *contra* per la qualificazione della medesima attività come appalto pubblico di servizi: Cass., sez. un., 16 novembre 1999, n. 778, T.a.r. Campania, sez. I, 23 marzo 2001, n. 1281 e cfr. anche Corte di giustizia CE, 22 maggio 2003, causa C-18/01 e allegato IIA, categoria 14, direttiva CE n. 18/2004 e d.lgs. n. 163/2006).

Secondo tale prospettazione si è ritenuto che il contratto avente ad oggetto la redazione del piano regolatore o di una variante strutturale ad esso fosse sottratto all'applicazione della normativa in materia di appalti pubblici – e dai conseguenti obblighi di gara – non in quanto contratto di lavoro (art. 16, lett. *e* direttiva CE n. 18/2004 e art. 19, co. 1°, lett. *e*, d.lgs. n. 163/2006), bensì in ragione della qualificazione giuridica del contraente.

La prospettazione pare tuttavia di dubbia compatibilità con la più recente normativa europea e nazionale di recepimento in materia di appalti pubblici che qualifica gli aspiranti contraenti legittimati a partecipare ad una procedura di gara



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

«operatori economici» (direttiva CE 18/2004, art. 1, § 2, lett. a), art. 4; d.lgs. n. 163/2006, art. 3, co. 6°), con definizione cui è indifferente la natura giuridica pubblica o privata, imprenditoriale o non, e altresì la forma giuridica (società di persone, di capitali, cooperativa) assunta dall'operatore economico interessato alla stipulazione del contratto con l'amministrazione pubblica.

La definizione di «operatore economico» non pare riferita esclusivamente all'imprenditore *ex art.* 2082 cod. civ. – i cui elementi caratterizzanti sono la professionalità e l'organizzazione dei mezzi di produzione – bensì anche ai professionisti individuali, associati o organizzati in forma d'impresa (espressamente d.lgs. n. 163/2006, art. 90 e 94 con riferimento alle attività di progettazione di una prestazione di lavori, servizi e forniture). Gli esercenti una professione intellettuale sono a tal fine equiparati alle “imprese”, «in quanto la loro attività consiste nell'offerta sul mercato di prestazioni suscettibili di valutazione economica e di acquisto delle stesse dietro corrispettivo» (Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2001, n. 5193; Cons. Stato, sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6502; Con. Stato, sez. IV, 6 aprile 1999, n. 522).

La distinzione tra contratto di prestazione d'opera intellettuale e appalto di servizi ha peraltro trovato un diverso fondamento giuridico nella natura giuridica dell'obbligazione assunta dal contraente dell'amministrazione pubblica: caratteristica dell'appalto è l'aver ad oggetto una c.d. obbligazione di risultato (art. 1655 cod. civ.), mentre la prestazione d'opera può avere ad oggetto una c.d. obbligazione di mezzi (o “di scopo”), senza garanzia di un risultato finale predeterminato (art. 1176, 2236 cod. civ.; da ultimo Cass., Sez. III, 13 gennaio 2005, n. 583; Id., 18 aprile 2005, n. 7997; Id., 28 maggio 2004, n. 10297; Id., 26



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

febbraio 2003, n. 2836; Id., 23 luglio 2002, n. 10741; Id., 19 maggio 1999, n. 4852; Id., 6 febbraio 1998, n. 1286; Corte Conti, sez. contr. reg. Friuli-Venezia Giulia, 13 giugno 1995, n. 3; T.a.r. Liguria, sez. II, 22 giugno 2002, n. 705; Coll. Arb. Roma, 1 agosto 1996, *Soc. Agrind c. Ministero Esteri*). L'affermazione, ricorrente in giurisprudenza, dell'*intuitus personae* quale principio che esclude la gara esprime la distinzione esposta: il raggiungimento di un risultato in tutto o in parte predeterminato può essere oggetto di una procedura comparativa fondata su criteri e parametri obiettivi, mentre la qualità della prestazione "di mezzi" può non trovare riscontro oggettivo in un risultato e pertanto rende più difficoltosa una valutazione comparativa e secondo taluno può lasciare spazio al principio della fiduciarità nell'individuazione del contraente (v. T.a.r. Molise, 2 ottobre 2000, n. 314).

La disciplina giuridica in materia di appalti pubblici qualifica espressamente l'attività di progettazione – in particolare relativa ai lavori pubblici – (d.lgs. n. 163/2006, art. 91; Cass., sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781; Cass. 5 agosto 2002, n. 11728; Id., 27 febbraio 1996, n. 1530; Id., 28 gennaio 1995, n. 1040; Id., 22 dicembre 1994, n. 11067; Id., 19 luglio 1993, n. 8033; Id., 21 luglio 1989, n. 3476; Id., 7 maggio 1988, n. 3389; Id., 8 aprile 1977, n. 1346; Id., 7 febbraio 1975, n. 475; Id., 10 dicembre 1974, n. 4159; Id., 22 aprile 1974, n. 1156; Id., 22 marzo 1968, n. 905; Id., 16 ottobre 1961, n. 2169; T.a.r. Sicilia, sez. II, 20 maggio 1993, n. 302), nonché l'attività di validazione del progetto (d.lgs. n. 163/2006, art. 111 e d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, art. 48) come prestazione di servizio costituente un'obbligazione di risultato, oggetto di un appalto di servizi da aggiudicare secondo le modalità di cui al d.lgs. n. 163/2006.



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

Al contrario, le prestazioni di servizio costituenti obbligazioni di mezzi – ovvero non finalizzate alla produzione di un risultato finale predeterminato dal richiedente – sono state tradizionalmente oggetto di un contratto di prestazione d’opera intellettuale e non di un appalto pubblico di servizi, con conseguente esclusione dell’obbligo di gara per la scelta del contraente: l’attività dei membri della commissione aggiudicatrice, del collaudatore (Cons. Stato, sez. IV, 27 giugno 2001, n. 3483; Cons. Stato, sez. IV, 27 novembre 2000, n. 6315; Cass., sez. un., 23 aprile 1997, n. 3572; Cass. 27 febbraio 1996, n. 1528; T.a.r. Puglia, Bari, sez. III, 26 febbraio 2004, n. 891; T.a.r. Sicilia, sez. I, 14 novembre 1994, n. 814), del direttore lavori (Cass., sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781; Id., 29 gennaio 2003, n. 1294; Id., sez. II, 28 novembre 2001, n. 15124; Id., 30 maggio 2000, n. 7180; Id., 23 luglio 1998, n. 7245; Id., 22 marzo 1995, n. 3264), ove il prestatore d’opera intellettuale non è scelto a seguito di procedura di gara (ma v. gli art. 91, co. 8° e 130, co. 2°, lett. c, d.lgs. n. 163/2006 che affermano il principio della gara anche per l’affidamento dell’attività di direzione lavori e di collaudo).

Può tuttavia dubitarsi che la distinzione – presente nel nostro ordinamento giuridico nazionale – tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato possa assumere rilievo per il diritto europeo e di conseguenza per il Codice dei contratti pubblici che ne recepisce la disciplina giuridica. L’interpretazione pare confermata dalla definizione residuale – rispetto alle forniture ed ai lavori – dell’oggetto di un appalto pubblico di servizi (d.lgs. n. 163/2006, art. 3, co. 10°), dall’affermazione del principio di gara per la scelta del direttore lavori e del collaudatore (art. 91, co. 8° e 130, co. 2°, lett. c, d.lgs. n. 163/2006), nonché dalla



individuazione espressa e tassativa delle prestazioni di servizio che sono sottratte all'applicazione delle procedure di gara disciplinate dal Codice dei contratti pubblici.

Con norma espressa è escluso l'obbligo di gara per i servizi di cui all'allegato IIB della direttiva CE n. 18/2004 e del d.lgs. n. 163/2006 (tra cui i «servizi legali», i «servizi sanitari e sociali», i «servizi ricreativi culturali e sportivi») e per i casi definiti dagli art. 16-19, d.lgs. n. 163/2006.

Come già precisato, la redazione di variante strutturale al PRG è invece una prestazione di servizio inclusa nell'allegato IIA, categoria 12, della direttiva CE n. 18/2004 e del d.lgs. n. 163/2006 – che prevede l'applicazione integrale della normativa in materia di appalti pubblici – e non è riconducibile alle particolari ipotesi derogatorie espressamente disciplinate dagli art. 16-19, d.lgs. n. 163/2006.

3.2 La redazione della variante strutturale al PRG come prestazione di servizio oggetto di un appalto pubblico di servizi e le procedure di affidamento dell'incarico.

La qualificazione dell'attività di redazione di una variante strutturale al PRG come prestazione di servizio impone che l'affidamento del relativo incarico a terzi avvenga in osservanza delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi disciplinate dalla normativa europea e nazionale in materia (cfr. Corte Conti, sez. giur. Trentino Alto Adige, 13 dicembre 2005; Cons. Stato,



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

sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 1019 con riferimento al servizio di consulenza e collaborazione assicurativa).

La procedura per l'affidamento dell'incarico di redazione di variante strutturale al PRG non trova una disciplina specifica, a differenza di quanto avviene per gli incarichi di progettazione di lavori di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 90-91 (*supra* § 1).

Atteso che il valore dell'incarico in questione può risultare inferiore alla soglia c.d. di rilievo comunitario, la scelta del contraente privato si configura come procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi c.d. sotto soglia disciplinata dal d.lgs. n. 163/2006, art. 121 e 124.

In base alla recente disciplina di cui al d.lgs. n. 163/2006, *Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, gli appalti pubblici di servizi di valore inferiore alla c.d. soglia di rilievo comunitario sono aggiudicati secondo la disciplina giuridica prevista per gli appalti di servizi di importo superiore alla predetta soglia (d.lgs. n. 163/2006, art. 121), con talune semplificazioni procedurali (forme di pubblicità, requisiti di partecipazione, termini minimi per lo svolgimento delle procedure), in considerazione della più ristretta collocazione geografica dei potenziali aspiranti interessati ad un appalto di minore valore.

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



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

La disciplina statale ha infatti ad oggetto le «funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane» (art. 117, co. 2°, lett. *p*, Cost.), tra cui le procedure di scelta del contraente, ma deve rispettare e garantire l'autonomia organizzativa e normativa degli enti territoriali «in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite» (art. 117, co. 6°, Cost.). La disciplina statale in materia di contratti pubblici vincola gli enti territoriali limitatamente agli aspetti essenziali e quale standard minimo, ineludibile di tutela della concorrenza (art. 117, co. 2°, lett. *e, m, p*, Cost.) che gli enti territoriali possono integrare, esercitando l'autonomia regolamentare riconosciuta loro espressamente dalla Costituzione (art. 117, co. 6°, Cost.). In assenza di fonti regolamentari statali o delle autonomie locali che siano attuative ed integrative della disciplina legislativa di cui agli art. 121 e 124, d.lgs. n. 163/2006, occorre applicare esclusivamente quest'ultima.

La pubblicità del bando di gara per l'affidamento dell'incarico di redazione di variante strutturale al PRG deve avvenire con modalità e forme comunque idonee a rendere conoscibile ai possibili aspiranti contraenti la prestazione che si intende affidare e che variano in ragione dell'oggetto dell'appalto e del suo valore economico (Comunicazione interpretativa della Commissione CE, *relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»* in GUUE, 1 agosto 2006, C 179/2, § 2.1), ad esempio, mediante pubblicazione su siti internet istituzionali, affissione all'albo pretorio dei comuni interessati, nonché pubblicazione per estratto su giornali o quotidiani a diffusione locale. Il bando o avviso di gara devono contenere gli elementi essenziali a definire la



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

prestazione oggetto del contratto e tutte le informazioni necessarie per la presentazione delle offerte da parte degli interessati (cfr. allegato IX, d.lgs. n. 163/2006).

L'avviso di gara deve contenere una definizione non discriminatoria dell'oggetto dell'appalto (c.d. specifiche tecniche) che non abbia cioè l'effetto di favorire determinati prestatori di servizi a scapito di altri; la fissazione di un congruo termine per la presentazione dell'offerta, sufficiente a consentirne l'elaborazione; la previsione di criteri di aggiudicazione che individuino gli elementi che saranno oggetto di valutazione con modalità tali da consentire una comparazione obiettiva delle offerte che devono necessariamente tradursi in parametri numerici. La scelta del contraente consegue all'applicazione non discriminatoria dei criteri di aggiudicazione e deve pertanto essere motivata (Comunicazione interpretativa della Commissione CE, *relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»* cit., § 2.2; v. Corte giust. CE, sez. II, 24 novembre 2005, causa C-331/04; Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2005, n. 6759; Id., 7 settembre 2001, n. 4673; T.a.r. Piemonte, sez. I, 14 gennaio 2004, n. 24).

In particolare, nella procedura di affidamento dell'incarico di redazione di un progetto di variante strutturale al PRG – che presenta talune analogie con la procedura di affidamento degli incarichi di progettazione definita dal d.lgs. n. 163/2006, art. 91 – il confronto concorrenziale deve svolgersi in relazione ai *curricula* degli aspiranti contraenti secondo criteri oggettivi predeterminati dall'amministrazione appaltante e non esclusivamente sulla offerta economica. Il



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

giudice amministrativo ha infatti precisato che risulta «illegittimo il bando di gara che assegna rilevanza ad elementi del tutto estranei a quelli meramente curricolari, e in particolare alla percentuale di ribasso sul presumibile costo della progettazione, spese ed accessori» (Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 1999, n. 64). Nell'esercizio della propria autonomia negoziale, la stazione appaltante individua gli elementi del *curriculum* che ritiene rilevanti e definisce i pesi da attribuire a ciascuno di essi: si possono prendere in considerazione e valutare le precedenti commesse, pertinenti all'oggetto dell'appalto, eseguite dall'aspirante contraente sia sotto il profilo quantitativo (importo economico delle prestazioni eseguite) che qualitativo (tipologia, caratteristiche e modalità di esecuzione delle prestazioni), la qualificazione e l'esperienza professionale dei partecipanti.

Il bando per l'affidamento dell'incarico deve comunque distinguere chiaramente i requisiti di partecipazione (*infra* § 4), la cui sussistenza è condizione necessaria ed indefettibile per l'ammissione alla procedura comparativa, dagli elementi del *curriculum* che saranno valutati e che, una volta espressi in termini numerici in applicazione dei criteri di aggiudicazione previsti, determineranno la graduatoria finale (da ultimo: T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 20 aprile 2006, n. 1981; Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2001, n. 3187).

4. I soggetti ammessi a partecipare alla procedura di affidamento del servizio di redazione di variante strutturale al PRG.

La prestazione di servizio in questione dedotta come oggetto di un appalto pubblico di servizi da aggiudicare secondo le modalità indicate (*supra* § 3.2),



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

richiede di individuare le categorie di soggetti che debbono essere ammessi alla procedura. In particolare si richiede se debbano o possano essere escluse le società di ingegneria, definite dal d.lgs. n. 163/2006, art. 90, co. 2°, lett. *b* con riferimento ai servizi di progettazione di lavori pubblici.

La qualificazione della prestazione come servizio oggetto di un appalto pubblico (e non come incarico di progettazione di lavori pubblici: *supra* § 2) esclude la possibilità di limitare la partecipazione alla procedura di appalto ai soggetti indicati dal d.lgs. n. 163/2006, art. 90 e impone il riferimento alle categorie di soggetti definite dall'art. 34, che menziona «gli imprenditori individuali, le società commerciali, le società cooperative» (lett. *a*) ma non menziona i liberi professionisti, singoli o associati, le società di professionisti e le società di ingegneria (art. 90, co. 1°, lett. *d, e, f*).

L'apparente antinomia tra le due disposizioni è dovuta ad un difetto di coordinamento tra le norme del Codice dei contratti pubblici che, laddove parrebbe (o dovrebbe) elencare esaustivamente tutte le categorie di soggetti legittimati a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico (art. 34, d.lgs. n. 163/2006), omette di includere le categorie di soggetti (professionisti ed associazioni tra professionisti) che possono partecipare alle procedure di affidamento di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione di servizi intellettuali, e che sono indicate invece in una norma speciale che concerne esclusivamente le attività di progettazione dei lavori pubblici (art. 90, co. 1°, lett. *d, e, f*), d.lgs. n. 163/2006).



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

Come già evidenziato, l'interpretazione sistematica delle disposizioni (art. 3, 34 e 90, d.lgs. n. 163/2006) che definiscono i soggetti legittimati a partecipare ad una procedura di appalto pubblico impone di attribuire rilievo dirimente alla disposizione generale che, tanto nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici quanto nella normativa nazionale di recepimento, qualifica giuridicamente gli aspiranti contraenti di un appalto pubblico: gli art. 1, § 2, lett. a), art. 4, direttiva CE 18/2004 e l'art. 3, co. 6°, d.lgs. n. 163/2006 definiscono «operatori economici» tutti i soggetti che offrono servizi, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura giuridica imprenditoriale *ex art.* 2082 cod. civ. eventualmente assunta (*v. supra* § 3.1).

L'interpretazione proposta pare confermata dal d.lgs. n. 163/2006, art. 124, co. 7° che demanda al regolamento attuativo del Codice dei contratti pubblici la definizione dei requisiti di capacità tecnica e professionale degli «operatori economici» ammessi a partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di importo inferiore alla c.d. soglia comunitaria.

Le categorie di «operatori economici» che la stazione appaltante deve ammettere a partecipare alla procedura per l'affidamento dell'attività di redazione di variante strutturale al PRG sono pertanto sia quelle di cui all'art. 34, co. 1°, d.lgs. n. 163/2006, aventi natura giuridica imprenditoriale, sia quelle individuate dall'art. 90, d.lgs. n. 163/2006, che vi include i professionisti anche non costituiti in forma di impresa: entrambe le tipologie di soggetti sono infatti comprese nella più generale definizione di cui agli art. 1, § 2, lett. a), e 4, direttiva CE 18/2004 e 3, co. 6°, d.lgs. n. 163/2006.



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

Può dunque rilevarsi un contrasto con i principi comunitari (in particolare gli art. 48-50 Trattato CE) e nazionali (d.lgs. n. 163/2006, art. 2) per le disposizioni speciali e per ogni clausola del bando, del capitolato o del disciplinare di gara che ostacoli, vieti o renda altrimenti difficile la partecipazione di un prestatore di servizi ad una procedura di scelta del contraente della pubblica amministrazione (TAR Veneto, sez. I, 26 giugno 2006, n. 1899; Id., sez. II, ord. 28 settembre 2005, n. 3600; ma già Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2002, n. 505, TAR Lombardia, Milano, sez. III, ord. 16 luglio 1999, n. 2430, TAR Molise, 20 luglio 1999, n. 432 avevano considerato contrastante con gli indicati principi l. n. 109/1994, art. 17, co. 4°, come modificato dalla l. n. 415/1998 – e poi abrogato, in seguito a tale pronuncia, dalla l. 1 agosto 2002, n. 166, art. 7, lett. *i* – che limitava la partecipazione delle società di ingegneria alle sole procedure di gara per l'affidamento di incarichi di progettazione di importo superiore alla c.d. soglia comunitaria o di «speciale complessità» se di importo inferiore a tale soglia).

Con riferimento al quesito posto, si rileva che le società di ingegneria, siano esse costituite in forma di società di capitali o di società cooperativa (art. 90, d.lgs. n. 163/2006), sono imprese *ex art.* 2082 cod. civ. cui deve essere pertanto consentita la partecipazione alle procedure di aggiudicazione bandite in applicazione del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006).

Questione distinta, che la disciplina europea riserva agli ordinamenti giuridici nazionali, sono i requisiti professionali richiesti al prestatore di servizi in relazione alla specifica prestazione oggetto dell'appalto pubblico (da ultimo:



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

TAR Lombardia, Milano, sez. III, 3 maggio 2006, n. 1129; TAR Veneto, sez. II, ord. 28 settembre 2005, n. 3600; Cons. St., sez. IV, 9 novembre 2005, n. 6260).

La redazione di una variante strutturale al PRG è prestazione di servizi che impone di richiedere ai partecipanti adeguata qualificazione professionale (laurea in ingegneria o architettura, iscrizione all'albo professionale, ecc.; cfr. TAR Veneto, sez. II, ord. 28 settembre 2005, n. 3600 e Cons. Stato, sez. VI, ord. 11 maggio 2005 n. 2379 sull'equipollenza delle lauree in architettura ed ingegneria civile per l'accesso alla professione di architetto; Cons. Stato, sez. IV, 23 gennaio 2002, n. 391) ma non consente discriminazioni in ordine alla forma giuridica assunta dal professionista che può essere singolo, associato, socio o dipendente di una società di professionisti o di una società di ingegneria, come definite dal d.lgs. n. 163/2006, art. 90, co. 2°, lett. a) e b). Assume rilievo determinante la qualificazione professionale del soggetto firmatario del progetto di variante strutturale al PRG, mentre è indifferente la forma giuridica dell'organizzazione entro cui questo opera (Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2288; Id., 22 aprile 2002, n. 2191; Id., sez. VI, 14 maggio 2002, n. 4434; T.a.r. Umbria, 31 gennaio 1998, n. 136).

5. Conclusioni.

La redazione di variante strutturale al PRG ai sensi della l.r. Piemonte n. 56/1977, art. 17, co. 4°, è una prestazione di servizio come definita dal Codice dei contratti pubblici e dalle direttive CE in materia (d.lgs. n. 163/2006, art. 3, co. 10°



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

e allegato IIA, categoria n. 12; Direttiva CE 31 marzo 2004, n. 2004/18, art. 1, § 2, lett. d) e allegato IIA).

Essa tuttavia non costituisce attività di progettazione prodromica all'esecuzione di una prestazione di lavori pubblici (d.lgs. n. 163/2006, art. 90), di servizi o di forniture (d.lgs. n. 163/2006, art. 94) e di conseguenza esula dalla speciale disciplina sull'affidamento degli incarichi di progettazione in materia di lavori pubblici.

Taluna pronuncia giurisprudenziale ha ritenuto l'incarico di redazione di variante strutturale al PRG una prestazione di servizio oggetto di un contratto d'opera e non di un contratto di appalto pubblico in ragione della natura giuridica professionale e non imprenditoriale del contraente privato, con conseguente inapplicabilità della normativa europea e nazionale sugli appalti pubblici. Tale interpretazione non pare tuttavia compatibile con la nuova disciplina giuridica contenuta nelle Direttive CE (Direttiva CE 31 marzo 2004, n. 2004/18) e nel Codice sui contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) riguardante gli appalti di importo inferiore alla c.d. soglia di rilievo comunitario. Possono infatti partecipare alla procedura di aggiudicazione e (se aggiudicatari) stipulare un contratto di appalto pubblico con l'amministrazione tutti gli «operatori economici» interessati, senza possibilità di distinzione in base alla loro qualificazione giuridica come imprenditori o come professionisti ai sensi dell'ordinamento giuridico nazionale.

La distinzione tra contratto d'opera e appalto pubblico ai fini dell'applicazione della disciplina europea e nazionale in materia di appalti



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

pubblici deve pertanto trovare un fondamento giuridico diverso dalla qualificazione soggettiva imprenditoriale (art. 2082 cod. civ.) del contraente dell'amministrazione pubblica.

L'attività di redazione di variante strutturale al PRG è espressamente individuata come prestazione di servizio oggetto di un appalto pubblico di servizi (allegato IIA, categoria n. 12, Direttiva CE 31 marzo 2004, n. 2004/18 e d.lgs. n. 163/2006) e, poiché nel caso di specie risulta di importo inferiore alla c.d. soglia di rilievo comunitario, deve essere aggiudicata secondo le procedure di cui agli art. 121 e 124, d.lgs. n. 163/2006 che definiscono le modalità di aggiudicazione degli appalti pubblici c.d. sotto soglia.

La disciplina legislativa statale di cui agli art. 121 e 124, d.lgs. n. 163/2006 può essere integrata e ulteriormente specificata dai regolamenti che l'ente locale può adottare nell'esercizio della propria autonomia (art. 117, co. 6°, Cost.). Per il caso che qui interessa, il regolamento dell'ente territoriale potrebbe disciplinare le modalità di affidamento dei servizi in oggetto, con particolare riferimento alle forme di pubblicità del bando, ai requisiti di partecipazione, agli elementi che saranno oggetto di valutazione per l'individuazione del contraente migliore. Ove l'ente locale adotti un regolamento sui contratti conforme alla nuova disciplina di cui al Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), le procedure di aggiudicazione degli appalti c.d. sotto soglia dovranno osservare tale disciplina regolamentare; in assenza di un regolamento dell'ente appaltante in materia, si applicherà unicamente la disciplina statale contenuta negli art. 121 e 124, d.lgs. n. 163/2006.



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

La procedura di aggiudicazione dell'incarico di redazione di variante strutturale al PRG richiede forme di pubblicità del bando semplificate rispetto a quanto previsto per gli appalti c.d. sopra soglia, comunque idonee a rendere conoscibile la volontà dell'amministrazione dai potenziali interessati, individuati in ragione dell'oggetto e dell'importo economico della prestazione richiesta (ad es. pubblicazione sul sito internet istituzionale, sull'albo pretorio dei comuni interessati, per estratto sui principali quotidiani a diffusione locale). La procedura di scelta del contraente privato deve avvenire nel rispetto dei principi di cui all'art. 2, d.lgs. n. 163/2006. La prestazione richiesta e i criteri di aggiudicazione devono essere definiti in modo non discriminatorio: occorre distinguere i requisiti di partecipazione, la cui sussistenza è condizione necessaria all'ammissione alla gara, dagli elementi del curriculum da prendere in considerazione per la valutazione dell'offerta ed individuare il peso da attribuire a ciascuno di tali elementi che sarà espresso in un parametro numerico. L'aggiudicazione deve essere motivata e deve risultare dal confronto tra i parametri numerici che esprimono il valore delle singole offerte.

L'esperimento di una procedura di gara per l'affidamento del servizio di redazione di una variante strutturale al PRG impone di ammettere a parteciparvi tutti i soggetti aventi le qualificazioni professionali specificamente richieste, a prescindere dalla forma giuridica che il soggetto, aspirante contraente, riveste: deve essere consentita la presentazione di un'offerta ai professionisti, singoli o associati anche se in forma d'impresa (società di ingegneria), ove rilevano unicamente i requisiti tecnico-professionali del firmatario del progetto (art. 1, § 2, lett. a), e 4, direttiva CE 18/2004 e 3, co. 6°, 34 e 90, d.lgs. n. 163/2006).



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

L'esclusione di talune categorie di «operatori economici» non giustificata dalla necessità di una particolare qualificazione tecnica e professionale in relazione alle prestazioni richieste è irragionevole ed in violazione dei principi europei e nazionali sottesi alla disciplina sull'aggiudicazione degli appalti pubblici (d.lgs. n. 163/2006, art. 2).

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