

La validazione nel Decreto Legislativo 12.04.2006 n.163

Leonardo Miconi ¹

1. E' noto che la validazione dei progetti² che sono elaborati per la stipula dei contratti pubblici di lavori è stata introdotta per la prima volta nell'ordinamento dall'art.30 della legge n.109 del 1994 e resa successivamente operativa a decorrere dal 28 luglio del 2000, data di entrata in vigore del regolamento n.554/99.³

Prima tuttavia di esaminare le previsioni del D.L.vo n.163 del 14.04.2006 sul tema della validazione, sembra opportuna qualche breve riflessione per comprendere se, allo stato, vi siano indicazioni delle banche dati adeguate per verificare gli effetti che la validazione ha avuto sulla progettazione dal momento della sua istituzione.

Una tale conoscenza infatti spiegherebbe meglio le scelte operate sul punto dal legislatore; mentre, sotto altro profilo, la questione interessa perché la relazione tra la qualità della progettazione e le problematiche nella fase di esecuzione è destinata ad accentuarsi per il fatto che la medesima progettazione è sempre di più un'incombenza dell'operatore economico con il risultato di avere l'intervento di più progettisti per la stessa opera.

E in tale ottica, la qualità della progettazione, non è tanto da riferire alla nozione di "errore di progetto" - cfr art. 25 comma 1 lett. d) della legge n.109/94, ora art.132 lett. e) del codice - quanto al suo significato più comune giacché di gran lunga più incidente sulle vicende esecutive del contratto. Infatti negli anni che hanno preceduto la legge quadro, la inadeguatezza progettuale è stata considerata tra le principali cause dell'aumento dei costi delle opere pubbliche e da qui, tra l'altro, è derivata la moderna disciplina della progettazione dell'art.16 della legge n.109 del 1994 ripresa integralmente nel codice.

Purtroppo le strutture dei dati disponibili non consentono per il momento di dare una risposta all'interrogativo posto, per così dire, su basi di scientifiche.

Oltre alla carenza di dati, vi è poi da considerare l'ampiezza della casistica dell'art.25 della legge quadro - cfr varianti in corso d'opera - e la difficoltà, all'interno di tali casi, di stabilire un legame certo delle vicende esecutive con la inadeguatezza progettuale. E che in tutte le cause di variazione delle previsioni progettuali vi può essere una imputazione non solo al progetto ma anche, più o meno accentuatamente,

all'iter amministrativo.

Inoltre può verificarsi che le carenze tecniche vengano talora del tutto oscurate dalla soluzione bonaria del contenzioso ciò che rende impraticabili investigazioni su larga scala.

Tuttavia, ove si convenga che tutte le problematiche - quindi anche e soprattutto la qualità del progetto - si manifestano attraverso due parametri principali quali il ritardo del tempo contrattuale e l'incremento dei costi, non vi è dubbio che l'esame di questi può dare informazioni utili per fare chiarezza sull'interrogativo posto.

Una prima valutazione si può tentare con la tabella che segue⁴ ove sono riportati i dati relativi agli interventi che si sarebbero dovuti concludere nei rispettivi anni indicati nella prima colonna e negli intervalli dei tempi fissati nella prima riga (da 0 a 30 giorni, da 31 gg a 90 giorni ecc.).

ANNO	DURATA / N.	0-30	31-90	91-180	>180
2000	3.876	23%	22%	24%	29%
2001	2.003	32%	29%	23%	16%
2002	386	60%	28%	8,50%	2%

La tabella evidenzia il notevole peso dell'aumento del tempo contrattuale e in particolare che negli anni esaminati era molto elevato il numero di interventi che non si concludevano nei rispettivi termini. Quanto alla entità dei detti ritardi è significativa la seconda tabella dove si riportano i rispettivi valori medi.

ANNO/durata	0-30	31-90	91-180	>180
2000	10	60	131	305
2001	9	57	131	270
2002	11	54	120	354

La tabella evidenzia che per gli interventi di durata superiore a 180 giorni, il ritardo tendeva ad assumere un valore costante e intorno ad un anno; mentre per i restanti interventi il ritardo si attestava ad un valore pari approssimativamente alla metà dei tempi contrattuali della prima riga.

Si può obiettare che nei periodi riportati la validazione non era ancora praticata dalle stazioni appaltanti dato che, come detto, il regolamento n.554/99 è entrato in vigore solo il 28 luglio del 2000.

Passiamo allora ad esaminare interventi più recenti ⁵ - campione sperimentale formato da n.11.755 e n.10.875 appalti che si sono conclusi entro l'anno 2005, rispettivamente per i tempi e per i costi - come nella tabella che segue con la precisazione che per *aumento dei tempi* si intende l'incremento medio (degli interventi compresi in ogni intervallo) tra la differenza della data effettiva di ultimazione dei lavori e l'inizio lavori, rispetto alla differenza tra la data prevista in contratto per la fine lavori e il medesimo inizio dei lavori; analogamente deve intendersi per l'*aumento dei costi*.

In sostanza si tratta delle medie dei maggiori tempi e dei maggiori costi contrattuali.⁶

IMPORTI	AUMENTO DEI TEMPI (%)	AUMENTO DEI COSTI (%)
≥ 150.000 < 500.000	87,6	9,2
≥ 500.000 < 1.000.000	72,8	11,1
≥ 1.000.000 < 500.000.000	66,3	11,3
≥ 5.000.000 < 15.000.000	52,1	12,0
≥ 15.000.000	52,4	16,1
tutti gli importi	83,6	9,7

Anche tali dati di tabella confermano la notevole divaricazione dei tempi di esecuzione il cui valore medio dell'84 % circa equivale quasi al raddoppio del tempo contrattualmente fissato, a fronte di un aumento del costo medio che si attesta al 10 %.

A tale ultimo riguardo è tuttavia da considerare che nel computo dei maggiori costi non sono compresi - per ragioni tecniche sia legate ai contenuti delle schede risalenti al 1999 sia per i tempi troppo ravvicinati di conclusione degli interventi stessi ecc. - gli importi scaturenti dagli accordi bonari o dalle risoluzioni arbitrali e giudiziarie,

sicché il dato dell'aumento medio dei costi è da considerare in realtà alquanto sottostimato; oltre che gli atti transattivi che ratificano gli accordi possono contenere anche proroghe dei tempi

2. Il D.L.vo n.163 del 2006 ha delineato per la validazione una sorta di doppio regime tuttavia in modo sostanzialmente equivalente al precedente quadro normativo, seppure con alcune innovazioni non radicali ma significative.

Da un lato, con l'art.132 si disciplina la validazione per tutti i contratti che rientrano nel campo di applicazione del codice compresi i servizi e le forniture mentre dall'altro, con l'allegato XXI, si tratta la validazione con specifico riferimento alle infrastrutture e agli insediamenti produttivi strategici (già grandi opere della legge n.443 del 2001, c.d. legge obiettivo).

La scelta nel codice di tenere distinta la validazione per le due tipologie di opere si spiega semplicemente con la filosofia stessa del codice il quale, come noto, per molti argomenti ha scelto di non apportare modifiche al quadro normativo vigente ma di anettere coordinatamente le diverse disposizioni.

Ed infatti per i contratti ordinari è stata recepita senza alcuna modifica l'articolazione della progettazione dell'art.16 della legge quadro e conseguentemente della relativa validazione di cui agli art.30 della legge quadro, come modificata da ultimo dalla legge n.166 del 2002 nonché in parte dagli artt. 46 e 47 del regolamento n.554/99.

Mentre per le infrastrutture strategiche è stato recepito integralmente nel codice il citato allegato XXI al D.L.vo n.189 del 17.08.2005 recante le integrazioni al D.L.vo n.190 del 2002 di attuazione della legge n.443 del 2001, in materia di servizi di progettazione, validazione e relativi criteri di affidamento.

3. Per quanto attiene i contratti ordinari, nel fissare e confermare che la verifica è una prerogativa della stazione appaltante, salvo avvalersi dell'attività di supporto al responsabile del procedimento esterna o interna, l'art.112 del codice rinvia la disciplina al regolamento da emanarsi entro un anno dall'entrata in vigore del codice stesso (1 luglio 2006) dettando i criteri cui detto regolamento dovrà attenersi, criteri in verità ripresi dalla legge n.166 del 2002. Tuttavia con alcune novità.

Una prima insita nella estensione della verifica ai contratti di servizi e forniture con la raccomandazione di un opportuno adeguamento in sede di regolamento alla complessità dei relativi progetti, dovendosi intendere con tale richiamo una semplificazione di quanto noto sulla tecnica della validazione.

Una seconda novità risiede nell'obbligo di effettuazione della verifica a tutti i livelli della progettazione anche quando essa è svolta in parte dall'esecutore, colmandosi così una lacuna della precedente normativa molto sentita dai responsabili del procedimento.

Per riassumere, rispettivamente, la validazione deve riguardare il progetto esecutivo se si prevede l'affidamento della sola esecuzione; il progetto definitivo se si prevede di affidare all'operatore economico la esecuzione e la progettazione esecutiva; e, infine, il progetto preliminare se si affida la progettazione definitiva ed esecutiva.

E' nei secondi due casi che risiede l'ulteriore novità del codice che prevede lo svolgimento della verifica del progetto esecutivo quand'anche sia redatto dall'aggiudicatario prima di dare corso all'inizio dei lavori (al contratto è allegato il progetto definitivo o preliminare).

E' da sottolineare che la verifica del progetto dovrà farsi in tutti i casi, più numerosi nel codice rispetto alla legge quadro, in cui la procedura di selezione del contraente pone su questo l'onere dello svolgimento della progettazione esecutiva; perciò anche quando si ricorra al dialogo competitivo, alle procedure negoziate con o senza bando, alla finanza di progetto ecc.

In ordine alle caratteristiche del soggetto che può eseguire la verifica il comma 5 dell'art. 112, oltre a richiedere il possesso di una polizza indennitaria civile per danni a terzi, stabilisce:

- al disopra di 20 Meuro la verifica dovrà compiersi a cura di un organismo accreditato secondo le norme Uni Cei En Iso 17020;
- al disotto dello stesso importo di 20 Meuro, potrà svolgersi a cura di professionisti dipendenti della stazione appaltante se il progettista è esterno oppure, ugualmente, da dipendenti per progettazione interna se il nucleo che opera per la verifica è dotato di accreditamento di sistema in qualità;
- ancora al disotto dello stesso importo di 20 Meuro, da tutti i soggetti autorizzati secondo i criteri che saranno stabiliti nel regolamento.

Su questa impostazione del comma 5 del tutto aderente all'art.30 della legge quadro, sono necessarie alcune considerazioni. Una prima per osservare che un criterio di base della norma è stato quello di assumere come elemento di scelta dei validatori l'importo dell'intervento da realizzare, in quanto elemento connesso direttamente con la onerosità del servizio. Una seconda per evidenziare che per tutti i validatori, indipendente questa volta dall'importo dell'intervento, è richiesto il possesso della certificazione che garantisce un operato secondo il sistema di qualità (equivalentemente sul punto Iso 17020 oppure Uni 9001:2000), sistema che non è richiesto per il progettista. Una terza, per rimarcare l'attenzione della norma sulla necessità di assicurare la terzietà del validatore, quando questi è scelto all'interno dell'amministrazione e si trova a controllare la progettazione di professionisti appartenenti alla stessa amministrazione.

Come quarta ed ultima considerazione si deve rimarcare l'apertura del mercato della validazione laddove il legislatore ha stabilito (cfr terzo alinea che precede) che al disotto di 20 Meuro potranno incaricarsi "tutti i soggetti come da criteri che saranno indicati nel regolamento".

Circa tali criteri però la linea di indirizzo del regolamento sembra già tracciata da ciò che il legislatore ha stabilito per le infrastrutture strategiche per le quali ha previsto, al disotto della stessa soglia, l'intervento dei liberi professionisti, società di professionisti e di ingegneria, raggruppamenti temporanei e consorzi stabili, di cui all'art. 90 del codice, sotto alcune interessanti condizioni di "incompatibilità"; come più approfonditamente illustrato al paragrafo 4 cui si rinvia il lettore.

Qui preme solo aggiungere che le condizioni di "incompatibilità" previste per i soggetti che validano le grandi opere rimangono non meno valide e necessarie per le opere ordinarie.

Passando alla definizione di verifica (o validazione) che si rinviene al comma 1 dell'articolo in commento, questa appare del tutto adeguata poiché è riferita al confronto del progetto con i criteri enunciati ai commi 1 e 2 dell'art. 93 del codice, ovvero ai punti cardine cui deve attenersi la stessa progettazione, e precisamente:

- la qualità dell'opera e la rispondenza alle finalità dell'amministrazione;
- la conformità alle norme ambientali e urbanistiche;
- il soddisfacimento dei requisiti stabiliti dalle norme nazionali e comunitarie,

il tutto nello spirito di quanto stabilito nel documento preliminare alla progettazione (cfr art.8 del reg. n.554/99) e ai limiti di spesa prefissati.

Con tali richiami sono stati riprodotti nella sostanza e con diversa formulazione gli artt. 46 e 47 del reg. n.554/99 ove si prevedeva (cfr in particolare commi 2 e 3 art.46) la verifica della qualità concettuale dell'opera dal punto di vista (addirittura) sociale, ecologico e ambientale, il soddisfacimento degli obiettivi, la valutazione della soluzione prescelta nel progetto tra quelle possibili ecc., la conformità al documento preliminare e la coerenza dei successivi livelli di progettazione.

E' inoltre da notare che i citati criteri formulati per il controllo, sono a ben vedere graduati da un livello generale che si addice al progetto preliminare, come il riscontro dell'idoneità a perseguire le finalità programmate dell'amministrazione, ad un livello meramente tecnico e specialistico più consono per un progetto esecutivo, laddove si richiede di assicurare con il progetto il rispetto dei requisiti della normativa tecnica.

In tale impostazione, sembra rinvenirsi la volontà del legislatore di postulare ai fini del prossimo regolamento la necessità di tenere differenziati i contenuti dei controlli sui distinti livelli di progettazione, per mantenere la stessa gradualità che era prevista nel regolamento n.554/99, precisamente con la "verifica" del preliminare e la "validazione" del progetto esecutivo e/o definitivo.

Circa i tempi di svolgimento della verifica (comma 2 primo periodo art.112) nell'ambito del procedimento questo è, in apparenza, genericamente individuato "prima dell'inizio delle procedure di affidamento" per i contratti che comportano la sola esecuzione di lavori; mentre la validazione di opere di particolare pregio architettonico (comma 3 primo periodo art.112) ha luogo "prima dell'approvazione del progetto" (dunque sono esclusi i contratti di servizi e forniture nel senso che tale momento potrà anche essere diverso).

Precisato che il momento ultimo per la verifica deve sempre precedere l'atto di approvazione della stazione appaltante del competente livello di progettazione preliminare o definitivo che sia, per i riflessi che possono aversi sulle previsioni di spesa, i due riferimenti alla fase della verifica sono relativi alle fasi delle procedure che si svolgono all'interno della stazione appaltante.

Quando invece la progettazione esecutiva è svolta dal contraente (cfr art.53 commi 2 e 3), il momento ultimo per la validazione diviene sempre l'inizio della esecuzione dei

lavori (comma 2 secondo periodo art.112).

In realtà la individuazione del momento della verifica è ben più complesso ove si pensi alla conferenza dei servizi - che può modificare o integrare significativamente il progetto - ovvero al rilascio dei pareri da parte delle amministrazioni interessate - che possono contenere prescrizioni anche di notevole peso - oppure alla verifica preventiva dell'interesse archeologico che può anch'essa modificare le previsioni, nonché dalla validazione delle opere di particolare pregio architettonico (comma 3 dell'art.112).

Segnatamente, per gli interventi di particolare pregio architettonico il comma 3 prevede che il r.p. in contraddittorio con il progettista, ai fini di verificare la "unità progettuale" e prima della approvazione del progetto stesso, controlli la sussistenza di conformità tra il progetto esecutivo o definitivo rispettivamente al progetto definitivo o preliminare.

Tale previsione appare di significativa portata in quanto tesa ad assicurare la coerenza dei livelli di progettazione sotto il profilo architettonico, e dunque storico ed estetico, con rilevanti riflessi per la collettività.

Ad esempio, si prendano in considerazione i progetti preliminari e definitivi acquisiti attraverso i concorsi di idee o di progettazione, e a più gradi, dove la scelta del progetto/progettista è basata, per definizione, principalmente se non esclusivamente, sul valore architettonico della soluzione proposta dai concorrenti.

Oppure alla progettazione definitiva e/o esecutiva che si ottiene dall'applicazione delle procedure di scelta del contraente di cui ai commi 2 e 3 dell'art.53 del codice⁷ (appalto integrato e appalto integrato complesso); qui infatti si pone a base di gara la progettazione preliminare solitamente interna per poi trasferire le successive fasi della progettazione in capo ad un altro soggetto quale l'appaltatore o il concessionario. Da qui il problema dell'unità progettuale.

Sul punto, sembra calzante accennare alla ricostruzione del Teatro Alla Scala di Milano - sottoposto a monitoraggio dall'Autorità - nella quale, con la progettazione esecutiva, uno dei corpi adibito a servizi per i teatranti veniva significativamente ridisegnato - con esiti positivi e largamente condivisi e a quasi parità di spesa, di quantità e qualità dei materiali - per opera del progettista dell'appaltatore rimasto aggiudicatario nella procedura di appalto integrato dell'art.19 della legge n.109/94.

In questo caso, benché comunque non prevista dalla legge quadro la validazione in

cascata del progetto, sarebbe stato difficile per l'amministrazione comunale obiettare l'approvazione del progetto esecutivo (che variava solo in tal punto e peraltro, secondo l'opinione degli addetti ai lavori, con risultati decisamente migliorativi) dato che non poteva essere opposta nessuna disposizione contraria; è infatti facile verificare che l'elenco dei controlli tecnici di cui all'art.47 del reg. n.554/99 seppure abbastanza ampio e completo, non conteneva alcuna indicazione sulla coerenza estetica ecc. tra i livelli di progettazione come neppure la casistica dell'art.25 della legge quadro e tanto meno dell'art. 90 del medesimo regolamento (variazioni in sede di offerta a prezzi unitari).

Tornando al tempo di svolgimento della verifica, occorre segnalare che la scelta di fissare tale sub-fase "prima dell'avvio delle procedure di affidamento" è una formula costante della legge quadro ⁽ⁱⁱⁱ⁾ e che in ogni caso, sotto il profilo operativo, la verifica dovrà concludersi prima della delibera a contrarre, delibera che a sua volta rappresenta l'ultimo adempimento che precede la pubblicazione del bando di gara (cfr art.11 comma 2).

La previsione in commento può anche essere vantaggiosamente sfruttata per consentire lo svolgimento contemporaneo, seppure parziale, dell'attività del validatore con quella della progettazione nonché di altri sub-procedimenti in quanto si avrebbe:

- la eliminazione e risoluzione delle carenze progettuali (difformità ecc.) senza aggravii di costo e di tempo; infatti è noto che modificare elementi talora anche non rilevanti una volta conclusa la progettazione può essere problematico ...;
- la riduzione dei tempi del procedimento e l'aumento del tempo che può essere recuperato a favore della validazione che necessita, già per opere di qualche importanza, tempi ragguardevoli e paragonabili a quelli della progettazione; è infatti noto che il tempo assegnato alla validazione è quasi sempre insufficiente e sacrificato ad altre esigenze meramente procedurali;
- l'esercizio di un più efficace contraddittorio tra responsabile del procedimento, progettista e validatore per conseguire una effettiva migliore qualità della progettazione;
- la possibilità di sovrapporre l'attività di validazione alle altre sub-fasi del procedimento tra le quali la conferenza dei servizi, la verifica dell'interesse archeologico ecc. Deve infatti considerarsi che la validazione è pianificabile per i diversi capitoli del progetto e può adattarsi alle cadenze proprie del progettista

e della stazione appaltante;

- una migliore ingerenza del responsabile del procedimento che diviene ancor più preziosa quando si tratta di progettazione esecutiva da elaborarsi a cura del soggetto esecutore.

In conclusione sul punto, è auspicabile che tale aspetto sia colto in sede regolamentare, con la dovuta flessibilità e considerazione della casistica, tenendo presente che la possibilità di svolgere “contestualmente” progettazione e validazione è già contemplata dalle norme Uni En Iso 9000:2000. Segnatamente da parte della regolamentazione regionale dato che tra i divieti a prevedere una diversa disciplina in sede di legislazione concorrente, l’art.4 non riporta esplicitamente la validazione; che è pur sempre un procedimento distinto dalla progettazione.

Rimane da segnalare che l’art.112 pone gli oneri per l’attività di supporto al responsabile del procedimento, figura deputata al rilascio dell’attestazione di validazione, nel quadro economico del progetto tra le somme a disposizione dell’amministrazione, anche quando il progetto esecutivo viene elaborato dal contraente.

4. La disciplina della validazione dei progetti prevista dal D.L.vo n.163 del 2006 per le infrastrutture strategiche è decisamente più stringente rispetto alla disciplina generale che abbiamo commentato, sia perché la validazione è pensata come raggiungimento di obiettivi prefissati - in ipotesi anche integrabili da caso a caso - sia per l’inedita attenzione riposta nei requisiti di terzietà del validatore.⁸ Terzietà appena accennata nei criteri dell’art.112 per i professionisti interni.

L’all. XXI non reca la definizione della validazione - qui i termini verifica e validazione sono utilizzati come sinonimi, senza sottendere un diverso significato come nel reg. n.554/99 - ma indica esplicitamente gli obiettivi che deve conseguire e precisamente:

- la completezza della progettazione;
- la coerenza e la completezza del quadro economico del progetto;
- la qualità dell’opera nel tempo;
- la minimizzazione dei rischi di variante e del contenzioso;
- la ultimazione dell’opera nei tempi previsti.

Le suddette indicazioni vanno oltre i contenuti della verifica di cui all'art.112, i quali tecnicamente potrebbero rimanere circoscritti nel primo alinea, per concepire la verifica come una "obbligazione di risultato" in capo al validatore; ciò che rileva non è tanto l'elencazione dei controlli, quanto il conseguimento di quei determinati obiettivi che si ritroveranno nella convenzione professionale con il soggetto che svolge l'attività.

Mentre la validazione dell'art.112 sembra impostata per seguire minuziose regole prestabilite, ma non rileva se queste portino o no ad un effettivo risultato.

In altre parole al validatore è richiesta una attività speculativa sul progetto che sia tale da mettere in luce le sue criticità e sia altresì in grado di proporre i necessari rimedi in tempo utile alla progettazione e all'affidamento.

L'allegato indica ampi capitoli del controllo sotto il titolo "Gli aspetti del controllo" (cfr art.33 all. XXI), dove si colgono tuttavia chiari riferimenti all'art.47 del reg. n.554/99 anche se di molto corroborati e adeguati con gli aspetti dei contenuti ambientali e della risoluzione delle interferenze, aspetti che sono propri dei livelli di progettazione delle grandi opere (cfr "Affidabilità e funzionalità tecnica dell'intervento" nella lett. e) art.33 all. XXI).

E' appena il caso di osservare che lo studio dei criteri che rendano minimo il contenzioso, ovvero il costo, e attendibile il tempo di esecuzione, è basato sui due elementi che esprimono le anomalie del procedimento di esecuzione del contratto esaminati nelle premesse.

Quanto al soggetto che può svolgere la validazione l'allegato XXI delinea invece criteri analoghi all'art.112 e prevede possa essere interna o esterna alla stazione appaltante, dipendendo tale scelta dalla disponibilità negli organici come di regola viene accertato dal responsabile del procedimento per l'affidamento del servizio di progettazione.

Quando è svolta dalla stazione appaltante è informata alle seguenti regole:

- oltre 20 Meuro di lavori da eseguire la stazione appaltante deve disporre di una unità accreditata Uni Iso 17020;
- al disotto della detta soglia, può essere svolta dalla medesima unità accreditata, dagli uffici tecnici se il progetto è elaborato da professionista esterno oppure dai medesimi uffici per progettazione interna tecnici se dotati di un sistema di gestione della qualità secondo le norme Uni Iso 9001.

Una particolarità è che per le amministrazioni statali l'accreditamento dell'unità interna alla stazione appaltante è rilasciato dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici (cfr art.9 comma 1 lett.1 DPR 27.04.2006 n.204).

Quando invece è svolta all'esterno della stazione appaltante si ha:

- oltre 20 Meuro di lavori da eseguire la stazione appaltante deve incaricare con procedura ad evidenza pubblica una unità accreditata Uni Iso 17020, tipo A;
- al disotto della detta soglia, può essere svolta dalla medesima unità prescelta come sopra, nonché dai soggetti esterni di cui all'art.90 lett. d), e), f), g) ed h) sempre dotati di accreditamento Uni Iso 9001.

E' interessante osservare, come accennato, che l'all. XXI stabilisce per tali ultimi casi dell'art.90 (affidamento del servizio a liberi professionisti, società di professionisti, di ingegneria, raggruppamenti e consorzi) le condizioni di incompatibilità, indipendenza e imparzialità che devono essere rispettate per il singolo intervento da sottoporre a verifica come segue:

- il soggetto validatore non deve avere in corso rapporti professionali con il soggetto autore della progettazione ne aver avuto rapporti professionali con questi negli ultimi tre anni;
- il medesimo soggetto validatore deve produrre al soggetto aggiudicatore, in sede di gara e quindi contratto, un impegno scritto a non operare per l'autore della progettazione nei prossimi due anni;
- i soggetti che partecipano alla gara per l'affidamento della validazione non devono aver partecipato alla gara per la progettazione ne per la sua elaborazione.

Le limitazioni di cui sopra, che riferite alla validazione sono certamente una importante novità, sono quelle che di norma ricorrono quando un soggetto è chiamato a svolgere una funzione di controllo sull'operato di un distinto soggetto; appunto in tali casi, a garanzia della stazione appaltante, occorre che vi siano a monte le condizioni di terzietà affinché l'attività di validazione possa essere considerata professionalmente attendibile.

Appare inoltre decisamente equilibrata la scelta di prevedere le limitazioni ecc. del soggetto incaricato del servizio di validazione, con riferimento "al singolo caso" dunque senza generalizzazioni; ciò che garantisce la circolarità del servizio di progettazione e di validazione evitando la sterilizzazione delle competenze professionali sull'uno o l'altro

servizio e a tutto vantaggio della professionalità.

Come accennato al paragrafo 3, anche su tale aspetto sarebbe opportuno che in sede regolamentare le limitazioni viste fossero estese, non automaticamente e/o con le opportune attenuazioni, alla validazione dell'art.112. Intento forse più facilmente recepirabile in sede di legislazione concorrente o esclusiva delle regioni.

In ordine al momento del procedimento cui eseguire la validazione è stabilito (art.34) che le verifiche si svolgano sulla progettazione a base di gara.

Per le infrastrutture strategiche ciò vuol dire a cura del soggetto aggiudicatore quando ricerca il contraente generale o concessionario e sempre sulla base del progetto preliminare. In proposito sembrano calzanti due osservazioni. La prima per dire che nel riferire la verifica al progetto preliminare non vi è alcuna diminuzione poiché tale livello di progettazione è ben più ricco nei contenuti dello stesso livello per le opere ordinarie (art.93). In secondo luogo non è prevista la validazione in cascata del progetto esecutivo che sarà successivamente elaborato a carico del contraente generale o concessionario, diversamente invece da quanto previsto per le opere ordinarie.

La mancata previsione della ri-validazione appare tuttavia coerente con il quadro normativo delineato per le infrastrutture strategiche poiché il codice prevede per il contraente generale o concessionario la responsabilità di risultato per la esecuzione e la progettazione delle opere, che dunque include la diretta responsabilità sotto il profilo della validità della progettazione. Oltre ad una disciplina più stringente per le varianti ecc.

Per tali ragioni la “verifica” della progettazione sviluppata dopo l'affidamento al contraente generale o concessionario è assicurata da strumenti più blandi della validazione quali una relazione del progettista con la quale attesta la rispondenza del progetto (definitivo o esecutivo) al preliminare (cfr comma 1 art.166 del codice).

L'all. XXI (art.34-art.38) reca tra l'altro le disposizioni per la compilazione del bando di gara. Tale bando per la individuazione del contraente generale o del concessionario deve riportare gli estremi dell'atto formale di validazione emesso a cura del responsabile del procedimento, con l'intesa che l'atto (e, s'intende, con i referti parziali) sia poi consultabile a cura dei candidati i quali potranno conoscere eventuali dissensi, non conformità, motivazioni di vario ordine, ecc.

Non sfuggirà la grande rilevanza di tale previsione anche per l'operatore

economico laddove facilita la comprensione del progetto e la rapida individuazione dei punti di criticità sia ai fini dell'esecuzione in generale, sia ai fini della formulazione dell'offerta economica. Anche se, viene altresì precisato in altri punti, ciò non esime il concorrente dalla verifica dei luoghi e del progetto come da norme generali.

Inoltre, pur con la massima cautela da mantenere in simili casi, i punti di criticità che possono emergere dalla validazione, potrebbero trovare un riflesso nei pesi ponderali da utilizzare nel criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, criterio obbligatorio per la scelta del contraente generale o concessionario.

E' inoltre richiamato che il validatore risponde in caso di "errore" e deve possedere a tal fine una polizza indennitaria civile pari al 5 % dell'importo dell'opera con un massimo di 10 Meuro.

Quanto alle responsabilità del validatore è da rimarcare che l'All. XXI (art.36) ha scelto la medesima linea adottata dalla legge n.109/94.

Infatti si richiama alla definizione di "errore" di progettazione della legge n.109/94 (art.25 comma 1 lett. d e comma 5-bis, ora art.132 comma 1 lett.d e lett.e), ove ai commi 2 e 6 afferma che questi - il validatore - "risponde a titolo di inadempimento del mancato rilievo di errori del progetto validato che ne pregiudichino in tutto o in parte la realizzabilità o la sua utilizzazione". Con associata la sanzione per il validatore di venire escluso dall'attività di verifica per i successivi cinque anni (sul punto sembrano mancare indicazioni se tale divieto vale per il solo soggetto aggiudicatore o su tutto il territorio nazionale come sarebbe logico, ciò che comunque richiederebbe un "casellario" dedicato ...).

Dunque, non le inadempienze del controllo in generale ma solo quelle tali da rendere irrealizzabile o inutilizzabile l'opera.

In realtà la suddetta definizione o casistica che porterebbe il validatore a rispondere di "errore" non appare del tutto soddisfacente.

Infatti l'errore come sopra definito è una eventualità troppo rara mentre l'esperienza dimostra che le comuni carenze progettuali sono in definitiva quelle che incidono di più sull'esecuzione del contratto ecc.

Poi sembrano trascurati gli obiettivi prestazionali della validazione - che per buona regola dovrebbero essere nella convenzione professionale - il cui mancato raggiungimento dovrebbe ugualmente comportare una chiamata a responsabilità per

inadempimento al pari dell'errore ecc. Non sfugge naturalmente il fatto che almeno per alcuni di essi, ad esempio il rispetto dei tempi previsti, entra in gioco la condotta dell'imprenditore le cui legittime strategie non sono certo prevedibili in sede di validazione.

Del resto, l'art. 2236 del c.c. attenua molto la responsabilità del soggetto che è chiamato a soddisfare una obbligazione complessa, come sicuramente sarebbe quella da associare alla irrealizzabilità di un'opera; infatti, l'esperienza ci insegna che la irrealizzabilità di un'opera è causata da uno o più aspetti tecnici sempre di rilevante complessità.

In sostanza la nozione di errore di progetto avrebbe dovuto essere rivisitata per conseguire migliori risultati della verifica.

Ad esempio, in tale ottica, sarebbe stata adeguata una previsione simile a quella introdotta dal codice nell'art.132 comma 2, secondo periodo, che chiama a rispondere il l'appaltatore per le varianti che occorrono per "carenze progettuali" negli appalti dove sia stata affidata oltre all'esecuzione dei lavori la progettazione esecutiva. Pur se l'espressione è di per se vaga e perciò andrebbe tipizzata ai fini del contratto - dato che siamo di fronte ad uno specifico progetto e conosciamo i risultati della validazione - ovvero preliminarmente ai fini dell'inserimento negli atti di gara ecc.

Sono invece più marcate le responsabilità del validatore pubblico dipendente poiché in caso di colpa grave è sottoposto anche alle responsabilità disciplinari.

Un'ultima importante novità dell'all.XXI è quella di aver aperto la via alla validazione nella fase di esecuzione del contratto (art.34), ove si prescrive che per la verifica delle perizie di variante in corso d'opera il responsabile del procedimento possa avvalersi del medesimo validatore del progetto.

5. Dalle considerazioni che precedono si può argomentare che la validazione è più che mai necessaria quale strumento per migliorare l'efficienza e la economicità dei procedimenti di esecuzione dei contratti pubblici.

Tuttavia pur se la disciplina della validazione prevista dal codice si evolve nella direzione giusta, non possiamo ancora esprimere su di essa valutazioni tecniche definitive data la mancanza di dati certi e dedicati sugli effetti sino ad ora prodotti.

Appare nondimeno corretta la scelta di recepire per le opere ordinarie (ex legge

quadro) il precedente quadro normativo senza sostanziali modifiche, seppure con le novità evidenziate e, si capisce, ciò vale ancor di più per le infrastrutture strategiche la cui regolamentazione è risalente appena al 2002.

Infine non può non richiamarsi l'attenzione del lettore sulle comunicazioni date dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici⁹ secondo le quali, per i procedimenti sottoposti a monitoraggio è stata stimata una riduzione dei costi totali di circa il 30 % rispetto ai casi non assistiti da monitoraggio.

Tale interessante valutazione porterebbe dunque ad auspicare l'estensione della validazione alla fase di esecuzione di tutti i contratti pubblici coerentemente alle previsioni dell'all.XXI del codice.¹

¹ Dirigente AVCP

² Vedasi L. Miconi, "La validazione di progetti di opere pubbliche", in *Appalti Urbanistica Edilizia*, pag. 271, Master Edizioni, Roma, maggio 2003.

³ L'art.30 comma 6 della prima legge quadro (c.d. Merloni uno) recava: "Prima di iniziare le procedure per l'affidamento o per l'aggiudicazione, le amministrazioni aggiudicatrici o gli altri enti aggiudicatori o realizzatori devono verificare la qualità degli elaborati progettuali e la loro conformità alla normativa vigente. Tale verifica può essere effettuata da organismi di certificazione di sistemi di qualità di cui all'art.8 e dagli uffici tecnici delle predette amministrazioni o enti". La legge n.415 del 1998 (c.d. Merloni ter) modificava il comma 6 come segue. "Prima di iniziare le procedure per l'affidamento dei lavori, le stazioni appaltanti devono verificare, nei termini e con le modalità stabilite dal regolamento, la rispondenza degli elaborati progettuali ai documenti di cui all'art.15, commi 1 e 2, e la loro conformità alla normativa vigente. Tale verifica può essere effettuata da organismi di controllo accreditati ai sensi delle norme europee della serie Uni Cei En 45000 o dagli uffici tecnici delle predette stazioni appaltanti."

⁴ Relazione al Parlamento anno 2002 (n.b.: la terza riga anno 2002 è stata elaborata solo con i dati pervenuti nei primi mesi dello stesso anno).

⁵ Relazione al Parlamento anno 2005, pagina 227 e seguenti.

⁶ I due parametri sono comprensivi dei maggiori tempi (proroghe) e dei maggiori costi (varianti) anche legittimamente concessi.

⁷ Commi sospesi dalla legge n.228 del 12 .7.2006 fino alla data dell' 1.2.2007.

⁸ Terzietà appena accennata nei criteri dell'art.112 e solo per i professionisti interni.

⁹ Cfr nota del 18 luglio 2006 del Presidente dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, servizi e forniture, A. M. Rossi Brigante, di presentazione della Relazione al Parlamento anno 2005, pagg. 36 e 37, consultabile sul sito istituzionale o, con i commenti, in giustamm.it.