

Nomos Appalti srl

Servizio di Consulenza agli Enti Locali

Roma, 9 ottobre 2008

Circolare n. 46/2008

**AI SIGG.RI PRESIDENTI
CONFSERVIZI MARCHE E PUGLIA
- A TUTTI GLI ASSOCIATI**

**AL SIG. PRESIDENTE
CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI**

**E A TUTTI GLI ALTRI
ENTI, AZIENDE E SOCIETA'
- LORO SEDI -**

Oggetto: Decreto Legislativo 11 settembre 2008, n. 152 – Modifiche ed integrazioni al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Sulla G.U.R.I. n. 231 del 2 ottobre 2008 è stato pubblicato il c.d. “terzo decreto correttivo del Codice dei Contratti Pubblici” (d.lgs. 152/08), approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il 1° agosto u.s. dopo il parere favorevole espresso, con talune riserve, dal Consiglio di Stato (n. 2357/08 del 14 luglio 2008), dalla Conferenza unificata Stato-Regioni (10 luglio 2008) e dalle competenti commissioni parlamentari di Camera e Senato.

Con il provvedimento in parola, il Governo ha concluso l’opera di revisione del Codice – in virtù della delega concessa dalla legge 62/05 - già avviata, come noto, con i decreti legislativi nn. 6/07 e 113/07.

Come si evince dalla stessa relazione illustrativa, il disegno perseguito dal provvedimento è stato motivato dalla necessità di tener conto, rispettivamente:

- dei rilievi formulati dalla Commissione europea nei confronti dell’Italia, con la lettera di messa in mora n. 2007/2309 e la conseguente decisione del 30 gennaio 2008;
- della sentenza della Corte di Giustizia 15 maggio 2008, n. C-147/148/06, relativa alla tematica dell’esclusione automatica delle offerte anomale nei contratti sotto soglia;
- delle osservazioni, relative alle norme primarie, formulate dal Consiglio di Stato nel parere n. 3262/07, reso sullo schema di Regolamento di esecuzione e di attuazione del Codice *ex art. 5*;

- del parere negativo della Corte dei Conti sul medesimo schema di Regolamento.

Da ultimo, è stata avvertita altresì l'esigenza di snellimento delle procedure, rimuovendo ogni pericolo di incrostazione burocratica o comunque non funzionale al conseguimento delle esigenze di trasparenza e di apertura di mercato.

Il nuovo decreto correttivo – **che entrerà in vigore decorso l'ordinario periodo di vacatio legis e, quindi, il 17 ottobre p.v.** - contiene rilevanti modifiche ed integrazioni al Codice dei contratti e consta, in particolare, di tre articoli:

- art. 1 recante "*Disposizioni di adeguamento comunitario*";
- art. 2 recante "*Disposizioni di coordinamento*";
- art. 3 che contiene la "*Norma finanziaria*".

Nel dettaglio, gli articoli 1 e 2 recano modifiche formali e sostanziali, apportando correzioni ed integrazioni al d.lgs. 163/06 in tutte le disposizioni rispetto alle quali si sono riscontrate alcune criticità.

Tralasciando in questa sede le modifiche meramente formali, si evidenziano le novità più significative recate dal provvedimento, seguendo, per comodità, l'ordine degli articoli del Codice dei contratti pubblici.

1) Opere di urbanizzazione a scomputo

Come noto, l'art. 32, comma 1, lett. g), d.lgs. 163/06, riconduce nel campo di applicazione del Codice la realizzazione di lavori pubblici da parte di soggetti privati che assumono in via diretta l'esecuzione di opere di urbanizzazione a scomputo, totale o parziale, degli oneri concessori, ai sensi dell'art. 16, comma 2, d.P.R. 380/01 e dell'art. 28, comma 5, legge 1150/1942.

Per quanto concerne in particolare le modalità di affidamento dei lavori, il citato art. 32 contempla la possibilità per l'Amministrazione di scegliere una procedura disciplinata, sostanzialmente, sulla falsariga del *project financing*, come prevista dalla normativa previgente, riconoscendo il diritto di prelazione in capo al titolare del permesso di costruire, che può, per tale via, eseguire direttamente le opere.

Orbene, le modifiche recate dal decreto correttivo investono proprio tale specifica modalità di affidamento (cfr. art. 1, comma 1, lettere f) e bb.1) del d.lgs. 152).

Secondo quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 32, comma 1, lett. g), l'avente diritto a richiedere il permesso di costruire, lungi dall'assumere di per sé la veste di promotore, è legittimato solamente a presentare il progetto preliminare delle opere di urbanizzazione, sulla base del quale viene indetta la gara e all'esito di quest'ultima non può vantare alcun diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario della gara medesima. Peraltro, il progetto preliminare, da presentarsi in sede di richiesta del permesso di costruire, oltre a contenere in allegato lo schema del relativo contratto di appalto (nel quale dovranno essere precisate le modalità e le garanzie nell'esecuzione dei lavori), deve indicare anche il tempo massimo in cui le opere devono essere completate. Il contratto di appalto, dal canto suo, avrà ad oggetto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori.

In buona sostanza, aderendo alle osservazioni formulate dalla Commissione europea, che non tollera affidamenti diretti delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria, e del Consiglio di Stato, la gara per l'esecuzione delle opere di urbanizzazione "a scomputo" degli oneri concessori è gestita direttamente dall'Amministrazione con le modalità di cui all'art. 55 (procedura aperta o ristretta), mediante il ricorso all'appalto-integrato, con contestuale eliminazione del diritto di prelazione originariamente riconosciuto al promotore privato.

Si evidenzia, altresì, che la novella è intervenuta anche sul testo dell'art. 122, comma 8, d.lgs. 163/06, recante la disciplina delle opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Come noto, nella formulazione originaria del Codice era prevista una netta distinzione tra la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria di importo superiore alla soglia comunitaria e delle opere di urbanizzazione secondaria di importo inferiore alla medesima soglia, da un lato, e la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria sotto soglia, dall'altro. Con riferimento a queste ultime, infatti, il comma 8 citato esclude espressamente l'applicazione dell'art. 32, comma 1, lett. g), richiamando, altresì, l'applicazione dell'art. 16, comma 2, d.P.R. 380 cit., ossia della norma che fino ad oggi ha consentito, in maniera esplicita, l'affidamento diretto (senza gara) di strade, parcheggi e spazi verdi.

Il nuovo testo dell'art. 122, comma 8, invece, disciplina ora le modalità di affidamento di tutte le opere di urbanizzazione a scomputo, sia primarie che secondarie, di importo inferiore alla soglia comunitaria, statuendo la necessità di procedere, con le modalità di cui all'art. 57, comma 6, all'indizione di una procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando di gara, con invito rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei. Conseguentemente, è soppresso qualsiasi riferimento all'art. 16 del d.P.R. 380 cit.

2) Soggetti ammessi agli appalti pubblici

L'art. 34 del d.lgs. 163/06 elenca i soggetti (operatori economici) che, salvi i limiti espressamente ivi indicati, sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici (imprenditori individuali, società, consorzi di cooperative, consorzi stabili, consorzi ordinari, A.T.I., etc.).

Nella procedura di infrazione promossa nei riguardi del Governo italiano, la Commissione europea non ha mancato di rilevare l'incompletezza della disposizione in parola, nella parte in cui non ammette esplicitamente la partecipazione di persone giuridiche costituite secondo la legislazione dello Stato straniero di appartenenza, nonché là dove sembra escludere dalle gare gli operatori economici aventi una forma giuridica diversa da quelle espressamente configurate dalla norma.

Orbene, il nuovo testo dell'art. 34 contempla nel novero dei soggetti cui possono essere affidati gli appalti pubblici anche gli operatori economici, secondo la definizione fornita dall'articolo 3, comma 22, del Codice, stabiliti in altri Stati membri e costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi (cfr. art. 1, comma 1, lett. g), decreto 152/08).

In virtù di tale modifica, quindi, sono ammesse a partecipare alle gare pubbliche anche le amministrazioni aggiudicatrici che, in base alla normativa volta a disciplinare le loro attività, sono autorizzate ad offrire sul mercato beni e servizi ovvero la realizzazione di lavori. Del resto, nella nozione comunitaria di operatore economico rientrano non solo persone fisiche e giuridiche private, ma anche enti pubblici che operano in regime di libero mercato.

3) Consorzi stabili, consorzi fra società cooperative e consorzi tra imprese artigiane

I consorzi "stabili", disciplinati dall'art. 36 del Codice, possono partecipare alle gare, previa indicazione in sede di offerta del/dei nominativo/i del/i consorziati per conto dei quali concorrono; (solo) a questi ultimi è vietata la contestuale partecipazione alla gara (cfr. art. 2, comma 1, lett. f), d.lgs 152).

Dunque, riproducendo una norma già in vigore, anche nei riguardi dei consorzi "stabili" valgono le disposizioni previste per i consorzi di cui all'art. 34, comma 1, lett. b), (consorzi fra società cooperative e consorzi tra imprese artigiane) dall'art. 37, comma 7, del Codice.

Tuttavia, alla regola generale che, come precisato, consente alle imprese consorziate, non indicate in sede di offerta dal consorzio cui aderiscono, di partecipare alla medesima gara cui concorre il consorzio, fa eccezione l'ipotesi di gara (di lavori, forniture e servizi) nella quale venga utilizzata la procedura di esclusione automatica delle offerte anomale, di cui agli art. 122, comma 9 e 124, comma 8. In tal caso, infatti, è vietata la partecipazione alla medesima procedura di gara del consorzio e dei consorziati.

Analogo divieto vale per i consorzi fra società cooperative e per i consorzi tra imprese artigiane.

4) Opere c.d. "superspecializzate"

Il decreto correttivo modifica l'art. 37 del d.lgs. 163, nella parte in cui stabilisce che le opere di notevole contenuto tecnologico ricomprese in un appalto (lavorazioni c.d. "superspecializzate"), ove superino il 15% dell'importo totale dell'opera, non possono essere subappaltate e l'appaltatore principale, qualora privo dei relativi requisiti di qualificazione, deve costituire un'A.T.I. c.d. "verticale" con imprese idonee (cfr. comma 11).

La modifica di che trattasi recepisce le osservazioni formulate dalla Commissione europea, la quale ha rilevato come l'art. 37 citato, vietando il subappalto ed imponendo una forma giuridica determinata (l'A.T.I. verticale) per la partecipazione alle gare d'appalto che contemplano lavorazioni specialistiche, contrasti con le direttive comunitarie che, in linea generale, autorizzano l'appaltatore ad avvalersi della capacità di altri soggetti "a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con essi". L'art. 1, comma 1, lett. h), del d.lgs. 152 dispone ora che le opere c.d. "superspecializzate", contemplate nell'oggetto dell'appalto, possono essere affidate in subappalto indipendentemente dal relativo importo, a condizione che vengano rispettati i limiti dettati dall'art. 118, comma 2, terzo periodo, del Codice.

Al riguardo, si rammenta che detta norma precisa che per i lavori, riguardo la categoria prevalente, con il Regolamento sarà definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al 30%. Dunque, le categorie di opere “superspecializzate” possono essere subappaltate entro tale limite massimo.

E' evidente che la nuova disciplina introdotta dal decreto correttivo appare informata al principio secondo il quale l'operatore economico deve avere ampia facoltà di scelta tra la possibilità di subappaltare quota parte delle opere “superspecializzate” e quella di costituire un'ATI verticale per la partecipazione alla gara.

In buona sostanza, la categoria superspecializzata, quando scorporabile e di importo superiore al 15 % dell'importo complessivo dell'appalto, sarà dunque assoggettata a una disciplina identica a quella prevista per la categoria prevalente.

Si prevede, altresì, che il subappalto relativo alle categorie superspecializzate non può essere suddiviso in più contratti, salvo che sussistano ragioni obiettive che giustificino tale frazionamento.

Da ultimo, sempre in relazione alle lavorazioni “superspecializzate”, viene introdotto l'obbligo per la stazione appaltante di corrispondere direttamente al subappaltatore l'importo delle prestazioni eseguite dallo stesso per conto dell'appaltatore.

In tal caso, resta salva comunque l'applicazione delle previsioni contenute all'art. 118, comma 3, ultimo periodo, del d.lgs. 163, in virtù delle quali, il pagamento diretto del subappaltatore, ad opera della Stazione appaltante, avviene previa comunicazione ad opera dell'appaltatore, della parte di prestazioni eseguite dal subappaltatore, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento.

5) Cause di esclusione dalle gare

In tema di cause di esclusione dalla partecipazione alle gare, viene precisato l'art. 38, comma 1, lett. h), d.lgs. 163/06, con la previsione della esclusione fino ad un anno dai pubblici appalti nel caso in cui vengano rilasciate false dichiarazioni relative ai requisiti e alle condizioni rilevanti per eseguire lavori pubblici, non solo in sede di gara, ma anche per l'affidamento dei subappalti (cfr. art. 2, comma 1, lett. h), d.lgs. 152).

La norma va intesa nel senso che la partecipazione alle gare è preclusa, in linea generale, anche al subappaltatore che renda false dichiarazioni, ai fini del rilascio dell'autorizzazione al subappalto.

Tale indicazione è confermata dall'art. 118, comma 2, punto 3, del d.lgs. 163/06, che rinvia espressamente alle dichiarazioni del subappaltatore circa il possesso dei requisiti di qualificazione ed attribuisce all'appaltatore il mero compito di trasmetterle all'amministrazione.

Non appare, invece, condivisibile la diversa interpretazione della norma, nel senso che la preclusione alle gare si applicherebbe anche nei riguardi dell'appaltatore che si avvalga di un subappaltatore che, a sua volta, abbia reso false dichiarazioni ai fini del rilascio dell'autorizzazione al subaffidamento.

Ove, infatti, si prevedesse la responsabilità per le dichiarazioni rese dal subappaltatore in capo all'appaltatore, si attribuirebbe a quest'ultimo l'onere, difficilmente attuabile, di accertarne la veridicità e per configurare in capo allo stesso una sorta di responsabilità oggettiva, assolutamente ingiustificabile .

6) Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi

Attraverso la riscrittura dell'art. 41 del d.lgs. 163/06, viene precisato che, negli appalti di forniture o servizi, le idonee dichiarazioni di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati, atte a dimostrare il requisito della capacità economica del concorrente, devono essere presentate già in sede di offerta (cfr. art 2, comma 1, lett. l), d.lgs. cit.).

La disciplina ancora vigente richiede, invece, l'esibizione di più generiche "idonee dichiarazioni bancarie", riservando successivamente, in sede di verifica dei requisiti, la produzione di almeno due dichiarazioni provenienti da istituti bancari o intermediari finanziari.

La differenza rispetto al passato consiste, quindi, nella necessità che le dichiarazioni bancarie o degli intermediari finanziari debbano essere presentate già in sede di offerta.

Resta fermo l'onere dell'aggiudicatario della gara di esibire la documentazione probatoria a conferma delle dichiarazioni rese sui dati di bilancio e sui fatturati.

7) Verifica dei requisiti

L'art. 1, comma 1, lett. m), del decreto correttivo introduce il comma 1-*bis* all'art. 48 del Codice, ove si stabilisce che, nel caso in cui le stazioni appaltanti ricorrano all'istituto della "forcella", ovvero si avvalgano della facoltà di limitare il numero dei candidati da invitare, ai sensi dell'art. 62, comma 1, il possesso dei requisiti speciali di partecipazione deve essere necessariamente comprovato in sede di offerta, mediante presentazione della documentazione indicata nel bando o nella lettera di invito o copia conforme della stessa, ai sensi del D.P.R. 445/00. In tale evenienza, peraltro, non si applica la procedura di verifica "a campione" disciplinata dal medesimo art. 48.

8) Avvalimento

Significative appaiono anche le modifiche introdotte alla disciplina sull'avvalimento dei requisiti speciali.

Innanzitutto, con riferimento all'iscrizione negli Elenchi ufficiali di fornitori o prestatori di servizi, l'art. 1, comma 1, lett. i) del decreto inserisce il comma 1-bis all'art. 45 del d.lgs. 163, disponendo quanto segue: *"Per gli operatori economici facenti parte di un gruppo che dispongono di mezzi forniti da altre società del gruppo, l'iscrizione negli elenchi indica specificamente i mezzi di cui si avvalgono, la proprietà degli stessi e le condizioni contrattuali dell'avvalimento"*.

Inoltre, la novella interviene sui contenuti specifici degli artt. 49 e 50 del d.lgs. 163 cit. L'art. 49 del Codice dei Contratti disciplina, come noto, l'istituto dell'avvalimento,

contemplando la possibilità per gli operatori economici che desiderano concorrere ad una gara di appalto di avvalersi dei requisiti speciali di partecipazione posseduti da altri soggetti.

Il comma 6 dell'articolo limita detta possibilità alle capacità di un solo soggetto terzo per ciascun requisito o categoria, consentendo il ricorso alle capacità di una pluralità di soggetti solo là dove ciò sia ammesso dal bando di gara, in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni. In tale ultimo caso, peraltro, con riferimento ai lavori, non è consentito il cumulo tra attestazioni di qualificazione SOA relative alla stessa categoria.

Il successivo comma 7 prevede invece che il bando di gara può limitare la possibilità di avvalersi della capacità di terzi in relazione ai solli requisiti economici o tecnici, ovvero esigere che il ricorso alle capacità di soggetti terzi sia possibile solo per integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dal concorrente (impresa avvalente) in misura o percentuale indicata nell'avviso.

La disciplina innanzi descritta è stata puntualmente censurata dalla Commissione europea, per contrasto con le direttive 2004/18 (artt. 47, § 2 e 48, § 3) e 2004/17 (art. 54, §§ 5 e 6), mirate a riconoscere agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami, senza tuttavia prevedere alcuna limitazione. Invero, l'unica condizione posta dalla normativa comunitaria è quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare se il candidato disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto. Orbene, con il decreto correttivo vengono recepite, seppur parzialmente, le osservazioni svolte dalla Commissione, di talché vengono ampliate le possibilità di utilizzo dell'istituto.

Nel dettaglio, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. n) del decreto, il comma 7 dell'articolo 49 del Codice è stato abrogato, con la conseguente eliminazione della possibilità di restringere l'avvalimento ai soli requisiti economici o tecnici mediante prescrizioni stabilite dalla S.A. appositamente inserite nel bando.

L'abrogazione del comma citato testimonia la volontà del legislatore, in conformità al dettato comunitario, di assicurare l'utilizzo dell'avvalimento da parte delle imprese in modo libero e svincolato da possibili restrizioni decise dalla stazione appaltante.

Si tratta, evidentemente, di una scelta che testimonia la fiducia del legislatore riposta nella possibilità che l'impresa, anche se sprovvista dei requisiti di ordine tecnico, economico od organizzativo, possa, con le dovute garanzie offerte dall'impresa ausiliaria, partecipare alle gare indette da una p.a..

Il comma 6 viene invece modificato, circoscrivendo la limitazione ivi contemplata solamente agli appalti di lavori, e non anche alle forniture e servizi.

Pertanto, nelle gare d'appalto di lavori il concorrente potrà avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione, salvo che la *lex specialis* consenta l'avvalimento di più imprese ausiliare in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni. In ogni caso, resta fermo il divieto per il concorrente di frazionare i singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'art. 40, comma 3, lett b) (tra i quali anche i certificati di lavori eseguiti rilasciati dalle stazioni appaltanti), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione SOA in quella specifica categoria.

In caso di appalti di forniture e servizi, invece, l'avvalimento dei requisiti non sarà più oggetto di eventuali limitazioni (neanche parzialmente).

Infine, da segnalare l'ulteriore previsione del decreto (art. 1, comma 1, lett. o)), secondo la quale, a modifica dell'art. 50 del Codice, le disposizioni in tema di utilizzo dell'avvalimento non si applicano solo ai sistemi legali di attestazione o di qualificazione nei servizi, bensì anche in relazione a quelli nelle forniture.

9) Contratti a corpo e a misura

Rilevanti appaiono anche le modifiche apportate dal decreto correttivo all'art. 53 del Codice (art. 2, comma 1, lett. m) del d.lgs. 152/08).

Per quanto concerne i contratti "a corpo" e "a misura", viene di fatto sostanzialmente reintrodotta la disciplina vigente anteriormente al Codice degli appalti, posto che non è più rimesso all'apprezzamento della stazione appaltante la scelta se stipulare il contratto di appalto con le modalità "a corpo" o "a misura", in relazione alle caratteristiche del singolo affidamento.

In particolare, la novella ammette la possibilità di stipulare contratti "a misura" solamente nelle seguenti ipotesi:

- appalti di sola esecuzione di importo inferiore a 500.000 euro;
- appalti relativi a lavori di manutenzione, restauro, scavo archeologico, opere in sotterraneo, comprese le opere in fondazione, ed opere di consolidamento dei terreni.

Conseguentemente, non può corrispondersi il prezzo "a misura", bensì solo "a corpo" nell'appalto c.d. "integrato" e nell'appalto concorso.

La modifica introdotta solleva tuttavia talune perplessità, alla luce dell'ulteriore previsione contenuta nell'art. 53, comma 4 - rimasta invariata - in base alla quale, è comunque possibile stipulare i contratti ricorrendo alla forma mista, in parte "a corpo" e in parte "a misura".

10) Appalto di progettazione ed esecuzione

Sempre con riferimento alle previsioni del citato art. 53, si segnala la nuova disciplina dell'appalto c.d. "integrato".

Come è noto, nel rinviare l'applicazione dell'art. 53, commi 2 e 3, d.lgs. n. 163/06 e s.m.i. all'entrata in vigore del Regolamento di attuazione del Codice, ex art. 5 del medesimo, il d.lgs. 113/07, di modifica ed integrazione del d.lgs. 163, non ha riprodotto la norma transitoria contenuta all'art. 1 *octies*, comma 2, della Legge 228/06, confermata fino al 1° agosto u.s. dal d.lgs. n. 6/07.

La disposizione aveva previsto, infatti, che *"Le procedure di cui al comma 1, lettera c), del presente articolo i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati tra il 1° luglio 2006 e la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, quelle i cui inviti a presentare le offerte siano stati inviati nello stesso termine, restano disciplinate dalle disposizioni alle stesse applicabili alla data di pubblicazione dei relativi bandi o avvisi ovvero a quella di invio degli inviti. A tal fine, le disposizioni di cui all'articolo 256, comma 1, del citato Codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, riferite alle fattispecie di cui al comma*

1, lettera c), del presente articolo, continuano ad applicarsi per il periodo transitorio compreso tra la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e il 31 gennaio 2007", termine questo, come precisato, ulteriormente prorogato di ulteriori 6 mesi (fino al 1° agosto 2007) con il d.lgs. n. 6/07.

Tale previsione, dunque, comportava effetti sospensivi dell'abrogazione della L. 109/1994 e s.m.i., che, infatti, ha continuato ad aver efficacia fino al 1° agosto 2007, per lo meno limitatamente all'istituto dell'appalto "integrato" (art. 19 L. 109 cit.).

Ne discende, pertanto, che allo stato attuale, non sarebbe possibile far ricorso all'appalto integrato, in assenza di una disciplina specifica di riferimento.

Al fine di risolvere l'impasse normativo e la situazione di incertezza determinatasi nelle stazioni appaltanti, l'art. 2, comma 1, lett. vv), punto 1, del decreto correttivo stabilisce che le disposizioni elencate all'art. 256 del Codice (norme da ritenersi abrogate dal 1° luglio 2006) e riferite, segnatamente, alle fattispecie contrattuali contemplate all'art. 53, commi 2 e 3 (appalto-integrato), continuano ad applicarsi fino alla data di entrata in vigore del regolamento attuativo.

In buona sostanza, con la novella, le disposizioni contenute nella legge 11 febbraio 1994, n 109 (art. 19) in tema di appalto c.d. "integrato" trovano applicazione per la disciplina di detto sistema di esecuzione dei lavori, alle condizioni ivi fissate, nelle more dell'emanazione del regolamento ex art. 5 del Codice.

Per comodità, si riportano, di seguito, le previsioni della "Merloni":

1. I contratti di appalto di lavori pubblici di cui alla presente legge sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un soggetto di cui all'art. 2, comma 2, aventi ad oggetto:

- a) la sola esecuzione dei lavori pubblici di cui all'art. 2, comma 1;
- b) la progettazione esecutiva di cui all'art. 16, comma 5 e l'esecuzione dei lavori pubblici di cui all'art. 2, comma 1, qualora:
 - ❖ riguardino lavori di importo superiore a 2000.000 €;
 - ❖ riguardino lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 60% del valore dell'opera;
 - ❖ riguardino lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici;
 - ❖ riguardino lavori di importo pari o superiore a 10 milioni di Euro.

Ulteriore modifica all'art. 53 è quella relativa al comma 2, lett. c).

Il decreto 113/07 aveva introdotto, infatti, l'obbligo per il concorrente di differenziare, nell'offerta economica, il prezzo per il progetto definitivo, per quello esecutivo e per la esecuzione dei lavori. Questa previsione viene ora meno e, quindi, il ribasso potrà essere ancora una volta unico e comprendere tutte le prestazioni oggetto del contratto (cfr. art. 2, comma 1, lett. m), punto 1).

11) Dialogo competitivo

Per quanto concerne le modalità procedurali che disciplinano l'istituto del dialogo competitivo, l'art. 1, co. 1, lett. p), del correttivo in commento, sopprime il comma 13

dell'art. 58, d.lgs. 163/2006, nella parte in cui è prevista l'aggiudicazione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare, viene eliminata la possibilità per l'Amministrazione di specificare, prima della presentazione delle offerte, i criteri di valutazione, di cui all'art. 83, comma 2, indicati nel bando di gara o nel documento descrittivo, in relazione alle peculiarità della soluzione o delle soluzioni individuate ai sensi del comma 10, per soddisfare le loro necessità o obiettivi.

Inoltre, è previsto che, per i lavori, la procedura si può concludere con l'affidamento di una concessione, ai sensi dell'art. 143 del Codice.

Infine, con una modifica all'art. 70, nel dialogo competitivo è soppressa la facoltà di ridurre i termini minimi di ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte per motivi di urgenza (cfr. art. 1, comma 1, lett. s)).

12) Informazioni

A seguito della novella legislativa, con l'aggiunta della lettera b-bis all'art. 79 del Codice, viene sancito l'obbligo per l'Amministrazione appaltante di comunicare d'ufficio a tutti i candidati la decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro (cfr. art. 1, comma, 1, lett. t)).

13) Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Relativamente al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'art. 83, comma 4, del Codice dei Contratti stabilisce, tra l'altro, che il bando di gara deve prevedere gli elementi di valutazione e, per ciascun elemento, i relativi punteggi massimi e minimi attribuibili, aggiungendo tuttavia che la commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle offerte, determina i criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi.

In buona sostanza, il d.lgs. 163/06 ha previsto che anche i sub-criteri e sub-pesi debbano essere predefiniti nel bando anche avvalendosi della consulenza di esperti appositamente nominati, che andrebbero ad assicurare, sin dalle fasi iniziali della procedura, il necessario *know how* di cui è in possesso la commissione giudicatrice, che per ovvie ragioni, anche normative, alla data di pubblicazione del bando non può essere stata ancora nominata.

Inoltre, la commissione di gara, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio minimo e massimo stabilito dal bando.

Orbene, l'art. 1, comma 1, lett. u), del decreto 152/08 sopprime il terzo periodo del citato art. 83, comma 4, con il conseguente venir meno della possibilità per la commissione giudicatrice di fissare, prima dell'apertura delle offerte, i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun elemento e sub-elemento di valutazione i punteggi, tra il minimo ed il massimo, prestabiliti nel bando di gara.

Dalla modifica suddetta consegue che detti criteri motivazionali devono essere indicati preventivamente nel bando dall'Amministrazione appaltante, evitandosi così il rischio di una possibile violazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza del

procedimento, in conformità all'indicazione fornita in merito dalla Commissione europea.

La modifica è sicuramente di notevole rilevanza, dal momento che viene soppressa una norma di dubbia e controversa applicazione, tale da determinare frequentemente l'insorgere di difficoltà nella definizione dell'esatto confine tra l'adempimento consistente nel fissare in sede di bando i criteri e sub-criteri utilizzati in gara e la fissazione in sede di commissione dei criteri motivazionali.

14) Aste elettroniche

Con una modifica all'art. 85, comma 13, del Codice, la possibilità di aggiudicare le gare attraverso l'utilizzo dell'asta elettronica è estesa, anche agli appalti di lavori, oltreché a quelli di forniture e servizi (cfr. art. 1, comma 1, lett. q), d.lgs. 152 cit.).

15) Progettazione

L'art. 1, comma 1, lett. v) e z) del decreto introduce un'ulteriore categoria di soggetti in grado di espletare servizi di progettazione, direzione lavori, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e in fase di esecuzione, nonché incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale dei lavori pubblici.

In particolare, si tratta dei prestatori di servizi di ingegneria ed architettura, di cui alla categoria 12 dell'All. II A, stabiliti in altri Stati membri, e costituiti in conformità alla legislazione dei rispettivi Paesi.

Inoltre, secondo quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 92, le stazioni appaltanti possono utilizzare le tariffe di progettazione per determinare l'importo da porre a base dell'affidamento degli incarichi, ma a tal fine è comunque necessaria un'adeguata motivazione circa la relativa congruità (cfr. art. 2, comma 1, lett. t), punto 2).

Tale previsione (utilizzo dei corrispettivi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 92 rimesso all'apprezzamento discrezionale delle amministrazioni) sembrerebbe, di fatto, sancire l'inutilità dei corrispettivi, ritenuti non più vincolanti come minimi tariffari anche per la definizione degli importi da porre a base d'asta degli incarichi di progettazione.

Con la soppressione del comma 4 dell'art. 92, il decreto stabilisce altresì che lo sconto del 20%, previsto ai sensi della legge 155/1989, non si applica per la determinazione dei corrispettivi (v. anche art. 2, comma 1, lett. zz), punto 2).

Ulteriore previsione di particolare rilievo è, poi, quella contenuta al punto 5 del citato art. 2, comma 1, lett. t), che aggiunge il comma 7-bis all'art. 92 del Codice.

Tale comma dispone che nel quadro economico di ciascun intervento, tra le spese tecniche devono essere ricomprese anche le spese per *"l'assicurazione dei dipendenti"*, nonché le non meglio definite *"spese di funzionamento delle amministrazioni aggiudicatrici sostenute in relazione all'intervento"*.

In particolare, la modifica fa riferimento alla assicurazione *"dei dipendenti"*, lasciando intendere che sia possibile anche per quelli svolgenti prestazioni amministrativo-contabili (e quindi non tecniche, connesse alla progettazione ed alla verifica del

progetto) usufruire interamente a carico dell'amministrazione pubblica, di tale copertura.

Per questo aspetto, la disposizione del decreto sembra contraddire i principi da tempo affermati dalla giurisprudenza contabile, secondo la quale *“la stipula di contratti per la copertura assicurativa per la responsabilità amministrativo-contabile, con oneri a carico dell'ente locale ed in definitiva della collettività, non è legittima atteso che appare del tutto in contrasto con l'ordinamento l'assunzione, da parte di un ente pubblico, dell'onere della tutela assicurativa dei propri amministratori o dipendenti con riferimento alla responsabilità amministrativa per danno erariale, per contrarietà di tale assunzione di spesa al principio di responsabilità personale cui all'art. 28, Cost., tenendo anche conto della peculiare natura di tale forma di responsabilità in relazione alla sua funzione di deterrenza verso dipendenti ed amministratori, che ne costituisce contenuto essenziale accanto a quello risarcitorio (cfr. per tutte: Corte dei Conti, Sez. Sicilia, 8 maggio 2008, n. 1251).*

Peraltro, la norma contrasta evidentemente con le disposizioni contenute all'art. 3, comma 59, della legge finanziaria per il 2008 (legge 244/07).

Ed infatti, il citato articolo dispone che *“è nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile. I contratti di assicurazione in corso alla data di entrata in vigore della presente legge cessano di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008. In caso di violazione della presente disposizione, l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo”.*

16) Verifica della progettazione

In seguito alle modifiche ed integrazioni apportate all'art. 112 del Codice dei Contratti, il soggetto cui viene affidata l'attività di verifica della progettazione, prima dell'inizio delle procedure di affidamento, deve essere munito, sin dall'accettazione dell'incarico, di una polizza di responsabilità civile professionale, estesa al danno dell'opera, dovuta ad errori od omissioni nello svolgimento dell'attività di verifica. Il relativo premio, per i soggetti interni alla stazione appaltante, è interamente a carico dell'Amministrazione di appartenenza, che è obbligata a provvedervi entro la data di validazione del progetto, mentre per i soggetti esterni è a carico dell'affidatario (cfr. art. 2, comma 1, lett. u), d.lgs. 152 cit.).

Nel parere reso sullo schema di decreto, Il Consiglio di Stato ha contestato detta previsione normativa, nella parte in cui essa pone a carico della pubblica amministrazione, per intero, i costi della polizza assicurativa del dipendente, in quanto l'art. 90, comma 5, del Codice, riguardante i progettisti, rinvia al regolamento attuativo la determinazione di limiti e modalità di tale assunzione.

Resta il fatto che la nuova disposizione mal si concilia comunque con l'art. 3 del medesimo decreto correttivo, secondo cui le modifiche ed integrazioni apportate dovrebbero garantire la invariabilità degli oneri finanziari a carico delle amministrazioni.

17) Cauzione definitiva

L'art. 113 del Codice dei Contratti, come da ultimo novellato, estende anche alle cauzioni definitive la possibilità, per le imprese in possesso della certificazione di qualità, di avvalersi della riduzione del 50% del relativo importo, previa indicazione in sede di offerta del possesso di detta certificazione e della comprova nelle forme di legge (cfr. art. 2, co. 1, lett. v), d.lgs. 152/08).

La previsione risulta perfettamente coerente con l'impostazione normativa, codificata dal d.lgs. 163/06, in termini unitari, per le procedure di appalto di lavori, servizi e forniture, come emerge anche dalla formulazione letterale dell'art. 40, comma 7.

18) Cessione dei crediti derivanti dal contratto

Con una modifica al quarto comma dell'art. 117 del Codice, è incrementato a 45 (quarantacinque) giorni il termine di 15 giorni, originariamente fissato dalla norma, concesso alle stazioni appaltanti (amministrazioni pubbliche) per la notifica al cedente e al cessionario del rifiuto opposto alla cessione dei crediti maturati a titolo di corrispettivo d'appalto (art. 2, comma 1, lett. z) d.lgs. 152 cit.).

In buona sostanza, il termine di 15 gg., decorrente dalla notifica della cessione, è apparso troppo breve e, spesso, difficile da rispettare per molte amministrazioni, talora non consentendo loro di valutare la convenienza/opportunità della cessione e, conseguentemente, rischiando in taluni casi di pregiudicare l'interesse pubblico al regolare e tempestivo compimento dell'opera. Da qui, la necessità del Legislatore di incrementare il termine a disposizione delle amministrazioni appaltanti per pronunciarsi sulla istanza di cessione del corrispettivo.

19) Subappalto e congruità della manodopera

Il decreto apporta modifiche significative alla disciplina del subappalto.

Innanzitutto, in considerazione delle modifiche introdotte dalla novella in relazione alle lavorazioni c.d. "superspecializzate" (cfr. art. 37, comma 11, d.lgs. 163 – v. *infra*), è soppresso il riferimento al divieto di subappalto per particolari ipotesi configurate da norme legislative (art. 2, comma 1, lett. aa), punto 2).

Pertanto, è preclusa alle stazioni appaltanti la facoltà di vietare il subappalto di quota parte delle prestazioni affidate, fatte salve le previsioni specifiche di cui all'art. 27 del Codice (contratti esclusi in tutto o in parte dell'applicazione del codice).

In secondo luogo, ai fini del pagamento dei SS.A.LL. o dello stato finale dei lavori, è confermato l'onere dell'affidatario, e per suo tramite, del subappaltatore, di trasmettere il D.U.R.C. alle amministrazioni committenti, mentre gli stessi non sono più tenuti ad inoltrare periodicamente anche copia dei versamenti effettuati agli organismi paritetici previsti dalla contrattazione collettiva (art. 2, comma 1, lett. aa), punto 3), adempimento questo superfluo, dal momento che detti presupposti sono già ricompresi nel D.U.R.C.

Infine, con la riscrittura del comma 6-bis dell'art. 118 del Codice, viene stabilito che il D.U.R.C., rilasciato dagli enti preposti, deve necessariamente comprendere la verifica della congruità dell'incidenza della manodopera relativa allo specifico contratto (di forniture o servizi). Per i soli lavori, tale verifica è effettuata dalla Cassa Edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del C.C.N.L. comparativamente rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali (art. 2, comma 1, lett. aa), punto 4).

20) Collaudo

L'art. 2, comma 1, lett. s), d.lgs. 152, a chiarimento dell'art. 91 del Codice, introduce l'obbligatorietà della procedura concorsuale anche per l'affidamento degli incarichi di collaudo di importo superiore a € 100.000,00. Per quelli di importo inferiore a detto valore si applica la procedura prevista dall'art. 91, comma 2, del Codice (affidamento tramite R.U.P. nel rispetto dei principi comunitari).

Destinate ad avere un forte impatto sulle amministrazioni sono le modifiche in tema di collaudo.

La lettera *bb)* del citato art. 2 inserisce il comma *2-bis* all'art. 120 del d.lgs. 163/06, dettando per tale via la disciplina specifica per il conferimento del collaudo per lavori, servizi e forniture.

In particolare, per quanto concerne gli incarichi di collaudo o di verifica di conformità, è previsto che dette attività debbano essere conferite a dipendenti delle stesse amministrazioni, o di altre amministrazioni, in possesso di elevata e specifica qualificazione in riferimento all'oggetto del contratto, alla complessità e all'importo delle prestazioni. Dunque, si precisa innanzitutto che l'attività di collaudo e di verifica di conformità costituisce un'attività propria delle stazioni appaltanti.

In siffatto contesto, è sancito altresì l'obbligo per la stazione appaltante di fissare preventivamente i requisiti di qualificazione dei dipendenti, nel rispetto dei principi di rotazione e trasparenza, desumendoli dal *curriculum* e da ogni altro elemento in possesso dell'amministrazione, motivando adeguatamente la scelta effettuata.

Là dove manchino soggetti idonei all'interno dell'organico della stazione appaltante, oppure sia difficile il ricorso a dipendenti di altre amministrazioni aggiudicatrici, la stazione appaltante, previo accertamento e certificazione del responsabile del procedimento, specificatamente motivato sul punto, della carenza nell'organico dell'ente di idonee figure professionali e della difficoltà di ricorrere a dipendenti di altre amministrazioni, potrà affidare i relativi incarichi a soggetti esterni, con le modalità e le procedure previste per l'affidamento di servizi di cui all'art. 91 (ora coordinato con il combinato disposto degli artt. 120 e 141, in virtù delle le correzioni ad esso apportate dall'art. 2, comma 1, lett. s).

In ogni caso, in presenza di interventi finanziati da più amministrazioni aggiudicatrici, la stazione appaltante, prima di rivolgersi all'esterno, dovrà prioritariamente avvalersi dei dipendenti delle altre amministrazioni, sulla base di specifiche intese.

Relativamente alle commissioni di collaudo, l'art. 2, comma 1, lett. ii), del decreto sopprime quindi il secondo periodo del comma 4 dell'art. 141 del Codice.

In buona sostanza, può dirsi che rispetto alla precedente disciplina recata dal comma 4 citato, la regolamentazione del collaudo presenta una più spiccata preferenza per l'internalizzazione della relativa attività, presumibilmente in un'ottica di contenimento dei costi.

21) Esclusione automatica delle offerte anomale e procedura di valutazione dell'anomalia

L'art. 1, comma 1, lettere bb), punto 2 e cc) del decreto legislativo 152, interviene in tema di offerte anormalmente basse, attuando i principi enunciati dalla Corte di Giustizia europea, nella sentenza resa il 15 maggio 2008 nelle cause C-147/06 e C-148/06 ove, come noto, è stata nuovamente sancita la contrarietà al diritto comunitario di qualsiasi meccanismo che limiti la concorrenza e la partecipazione delle imprese di altri Stati.

Il riferimento è con tutta evidenza alla possibilità, contemplata agli articoli 122, comma 9 e 124, comma 8, del Codice, di procedere all'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse per gli appalti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria.

La novella in commento, lungi dal sopprimere la facoltà delle Amministrazioni di prevedere nel bando, per gli appalti sotto soglia, il meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale, introduce comunque dei correttivi. In particolare, secondo quanto previsto dalla nuova disciplina, detta facoltà residua solamente nell'ipotesi in cui i lavori oggetto dell'appalto siano di importo pari o inferiore ad 1 milione di euro, e i servizi e le forniture siano di importo pari o inferiore a 100.000,00 euro. In ogni caso, detta facoltà è preclusa nel caso in cui il numero delle offerte ammesse in gara sia inferiore a 10 (*ante* a cinque).

In relazione, poi, al procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte in gara, l'art. 2, comma 1, lett. r), modifica l'art. 88 del Codice, stabilendo che la stazione appaltante non può procedere alla esclusione delle offerte che appaiano anormalmente basse, ma deve progressivamente procedere all'esame della presunta anomalia delle offerte e, all'esito del procedimento di verifica, dichiarare l'esclusione delle offerte inaffidabili e l'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala.

Da segnalare, infine, che il nuovo testo dell'art. 13, comma 2, del Codice dei Contratti prevede il differimento del diritto di accesso agli atti fino all'aggiudicazione definitiva della gara (cfr. lettera *c-bis*), introdotta dall'art. 2, comma 1, lett. e), del decreto).

22) Licitazione privata semplificata

Si prevede l'innalzamento della soglia di importo per il ricorso alla licitazione privata semplificata (art. 123, d.lgs. 163/06), che viene elevata dagli originari 750.000,00 euro ad 1 milione di euro (cfr. art. 2, comma 1, lett. cc)).

23) Esecuzione in economia

Con la soppressione del limite di importo massimo di 100.000,00 euro, fissato originariamente dalla norma (art. 125, comma 6, lett. *b*, d.lgs. 163), viene generalizzato il ricorso al sistema di esecuzione in economia per la realizzazione di lavori di manutenzione di opere ed impianti (cfr. art. 2, comma 1, lett. *dd*), fermo restando il limite massimo di 200.000,00 euro.

Dunque, la procedura in economia è ammessa per l'esecuzione di lavori di manutenzione, nei limiti anzidetti, indipendentemente da fattori straordinari e imprevedibili.

24) Adeguamento del corrispettivo di appalto

Il decreto correttivo introduce una disciplina volta a fronteggiare l'incremento anomalo dei costi dei materiali utilizzati nelle costruzioni (cfr. art. 2, comma 1, lett. *gg*). In particolare, a modifica dell'art. 133 del Codice dei Contratti, si prevede la possibilità per la stazione appaltante di individuare, nel bando di gara, i materiali da costruzione per i quali i contratti, nei limiti delle risorse disponibili, prevedono le modalità e i tempi di pagamento degli stessi. Resta ferma, in ogni caso, l'applicazione dei prezzi contrattuali ed è richiesta la presentazione, da parte dell'esecutore, di fattura o altro documento comprovante l'acquisto di tali materiali nella tipologia e quantità necessaria per l'esecuzione del contratto e la loro destinazione allo specifico contratto. Ulteriore condizione per il pagamento di detti eventuali incrementi dei costi dei materiali è la costituzione di una fideiussione bancaria o assicurativa di importo pari al pagamento, maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero del pagamento stesso, secondo il cronoprogramma dei lavori. L'importo della garanzia è gradualmente ed automaticamente ridotto nel corso dei lavori, in rapporto al progressivo recupero del pagamento da parte delle stazioni appaltanti.

In pratica, la norma sembra consentire l'acquisto dei materiali anche in momenti successivi rispetto all'avvio dei lavori, salvo tuttavia il rispetto del cronoprogramma dei lavori medesimi.

In relazione ai suddetti materiali, non trova comunque applicazione il beneficio del c.d. "prezzo chiuso", di cui al comma 3 dell'art. 133, né la disciplina prevista ai commi 4 e segg. del medesimo art. 133.

Il decreto introduce, poi, l'obbligo generale per l'appaltatore di presentare all'Amministrazione un'apposita istanza, sia per richiedere l'applicazione del c.d. "prezzo chiuso", di cui al citato art. 133, comma 3, sia per richiedere l'adeguamento del corrispettivo a causa dell'eventuale, anomalo aumento del costo dei materiali, entro il termine decadenziale di 60 giorni decorrente dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del relativo decreto ministeriale.

Con tale previsione, quindi, viene reso più oneroso l'esercizio del diritto dell'appaltatore al riconoscimento di un adeguamento del corrispettivo d'appalto, incorrendo nella perdita del diritto medesimo, là dove non si attivi tempestivamente.

25) Procedura di interpello in caso di fallimento o di risoluzione del contratto

L'art. 140, comma 1, d.lgs. 163/06, stabilisce attualmente che le stazioni appaltanti devono prevedere nel bando di gara che, in caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto per grave inadempimento del medesimo, esse potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla gara originaria, al fine di stipulare un nuovo contratto per il completamento dei lavori, a partire dal concorrente che ha formulato la prima migliore offerta, escluso l'aggiudicatario. Il comma 2 precisa, inoltre, che l'appalto è attribuito «alle medesime condizioni economiche già proposte in sede di offerta» da uno dei soggetti progressivamente interpellati.

L'art. 1, comma 1, lett. *dd*), del decreto correttivo modifica la norma di cui sopra, precisando che, in caso di fallimento o grave inadempimento dell'appaltatore, lo scorrimento della lista dei subentranti può avvenire fino al quinto miglior offerente. In tale evenienza, però, l'affidamento al soggetto che accetti la richiesta andrà effettuato alle medesime condizioni economiche proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta e non, come previsto originariamente, alle condizioni proposte da ciascun concorrente interpellato.

Da ultimo, vengono soppressi i commi 3 e 4 del citato art. 140, con la conseguente eliminazione della possibilità di procedere all'affidamento diretto (procedura negoziata, senza pubblicazione di bando) nel caso di rifiuto degli altri classificati nella graduatoria di gara o per i lavori in fase avanzata (70%). In buona sostanza, venuta meno la possibilità di attribuire l'appalto senza indire una nuova procedura di gara e in assenza dei presupposti per promuovere la procedura negoziata, la nuova disciplina della procedura di interpello non reca più il rischio, opportunamente evidenziato dalla Commissione europea, che si giunga ad una sostanziale rinegoziazione dell'offerta, violando in tal modo i principi di concorrenza e *par condicio*.

26) Project financing

Una delle novità più significative recate dal terzo decreto correttivo è, senza dubbio, la riforma della disciplina della finanza di progetto, resasi necessaria dopo l'abrogazione del "diritto di prelazione" assegnato al promotore, ad opera del d.lgs. 113/07. Invero, il Consiglio di Stato ha espresso un parere negativo in merito all'istituto, suggerendo al Governo di "prendere seriamente in considerazione la possibilità di sopprimerlo", alla luce della eliminazione del diritto di prelazione.

In particolare, i giudici hanno evidenziato se valga la pena mantenere in vita un istituto che "finisce con l'essere un inutile duplicato dell'istituto della concessione".

Ciò, nondimeno, la chiave di lettura della novella legislativa è verosimilmente lo snellimento dell'originaria procedura di scelta del concessionario, con conseguente adeguamento della stessa ai rilievi formulati dalla Commissione europea nella citata comunicazione di messa in mora.

Ed infatti, la Commissione ha osservato che, nonostante l'abrogazione del diritto di prelazione, al promotore era comunque riservata una posizione di sostanziale vantaggio, in quanto partecipante ad una procedura negoziata unicamente con i due

migliori classificati nella gara, e che tale circostanza era in grado di escludere la fase concorsuale piena.

In effetti, nella disciplina previgente, la procedura di project financing si articolava in tre fasi:

- a) pubblicazione di un avviso delle opere realizzabili con capitali privati e conseguente scelta del promotore che abbia presentato la proposta (progetto preliminare, piano finanziario, etc.) migliore;
- b) procedura ristretta indetta sulla base del progetto preliminare prescelto, cui non partecipa il promotore;
- c) procedura negoziata tra il promotore e i due soggetti meglio classificati sub b).

Orbene, il decreto legislativo in commento (art. 1, comma 1, lett. ee), attraverso la totale riscrittura dell'art. 153 del d.lgs. 163 e con l'abrogazione degli artt. 154 e 155, in sostituzione delle tre fasi sopra richiamate, ha introdotto la possibilità per le Amministrazioni di scegliere tra una gara unica semplificata e una procedura di gara duplice.

Nel dettaglio, nel primo caso, la nuova procedura di scelta del concessionario risulta strutturata in due subprocedimenti: a) la scelta del soggetto promotore; b) l'approvazione del progetto preliminare e la stipula del contratto di concessione.

a) Fase di scelta del promotore

L'individuazione del promotore avviene all'esito di una gara, da svolgersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla base della quale è posto lo studio di fattibilità predisposto dall'Amministrazione.

Quest'ultima pubblica un bando, recante l'indicazione dei criteri in base ai quali verrà redatta la graduatoria, nonché finalizzato a selezionare le proposte dei privati che dovranno sviluppare un progetto preliminare, una bozza di convenzione ed un piano economico-finanziario dell'opera, asseverato da una banca, oltre alla specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

Successivamente, l'Amministrazione redige innanzitutto una graduatoria delle offerte presentate, che ritiene di pubblico interesse; provvede, quindi, a designare promotore colui che ha presentato la migliore offerta; infine, pone in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore, con le modalità di cui all'art. 97 del d.lgs. 163.

b) Fase di attribuzione della concessione

Il promotore è destinato a divenire concessionario, se il progetto non richiede modifiche e/o integrazioni. In caso contrario, si prevede specificamente che l'Amministrazione possa richiedere al promotore, senza che ciò comporti compensi aggiuntivi, le modifiche necessarie finalizzate all'approvazione del progetto. In caso di mancata accettazione da parte del promotore, l'Amministrazione avrà facoltà di interpellare progressivamente i concorrenti che seguono in graduatoria, se intendono accettare, alle stesse condizioni, le modifiche richieste al progetto del promotore. Accettate le modifiche richieste dall'Amministrazione ed approvato il progetto

preliminare, si potrà procedere alla stipula del contratto, fermo il rimborso delle spese sostenute dal promotore, da parte del nuovo soggetto aggiudicatario.

Nel secondo caso, l'Amministrazione promuove una doppia gara: la prima per l'assegnazione del diritto di prelazione e la seconda per l'affidamento della concessione.

Nel dettaglio:

a) l'Amministrazione pubblica un bando nel quale precisa che la procedura non comporta l'aggiudicazione al promotore prescelto, ma solo l'attribuzione allo stesso del diritto di essere preferito al miglior offerente individuato con un'ulteriore procedura, ove il promotore prescelto intenda adeguare la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa;

b) provvede poi all'approvazione del progetto preliminare;

c) bandisce una nuova procedura selettiva, ponendo a base di gara il progetto preliminare approvato e le condizioni economiche e contrattuali offerte dal promotore, con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa;

d) ove non siano presentate offerte valutate economicamente più vantaggiose rispetto a quella del promotore, il contratto è aggiudicato a quest'ultimo;

e) ove siano presentate una o più offerte valutate economicamente più vantaggiose di quella del promotore posta a base di gara, quest'ultimo può, entro 45 giorni dalla comunicazione dell'amministrazione aggiudicatrice, adeguare la propria proposta a quella del miglior offerente, aggiudicandosi il contratto. In questo caso l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al miglior offerente, a spese del promotore, le spese sostenute per la partecipazione alla gara, nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo;

f) ove il promotore non adegui nel termine indicato alla precedente lettera e) la propria proposta a quella del miglior offerente individuato in gara, quest'ultimo è aggiudicatario del contratto e l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al promotore, a spese dell'aggiudicatario, le spese sostenute, nella misura di cui sopra.

Da segnalare, infine, la previsione in ordine all'obbligo per il concessionario di costituire una cauzione a garanzia dell'esatto adempimento degli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera. Detta cauzione deve essere prestata in misura pari al 10% del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità prescritte dall'art. 113, del d.lgs. 163. La presentazione della cauzione, peraltro, costituisce un vero e proprio obbligo, la cui violazione costituisce grave inadempimento contrattuale del concessionario.

L'art. 1, comma 2, del decreto correttivo precisa, infine, che la nuova disciplina sul *project financing* si applica alle procedure i cui bandi siano pubblicati dopo la data di entrata in vigore del decreto medesimo.

27) Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità

All'art. 160-bis del Codice dei Contratti viene introdotta la definizione del contratto di locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, quale appalto pubblico di lavori, salvo che questi abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo (cfr. art. 2, comma 1, lett. *nn*), d.lgs. 152/08).

Si prevede, inoltre, che in una gara per l'affidamento di lavori pubblici con lo strumento del *leasing in costruendo*, il soggetto finanziatore deve dimostrare alla stazione appaltante di disporre, se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche in associazione temporanea con un soggetto realizzatore, dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto. In buona sostanza, nonostante la norma sembri configurare l'ipotesi che il soggetto finanziatore possa partecipare anche da solo alla gara, viene introdotto comunque l'obbligo di avvalimento delle risorse necessarie per eseguire l'opera o di associazione tra società finanziaria e impresa di costruzione.

La norma solleva talune perplessità, dal momento che l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento implica, comunque, che l'impresa di costruzioni, che fornisce le risorse necessarie all'esecuzione delle opere, rimanga estranea alla procedura di gara ed al contratto avente ad oggetto l'esecuzione dei lavori.

In aggiunta a ciò deve poi evidenziarsi che l'istituto dell'avvalimento, per come disciplinato nel Codice (art. 49), può essere attuato soltanto tra imprese di costruzione. Nel caso in esame, invece, il soggetto finanziatore è del tutto estraneo alla prestazione relativa ai lavori. In altri termini, l'avvalimento previsto dalla norma in esame finirebbe per configurarsi, nella sostanza, come una mera delega dell'esecuzione dell'opera, a valle dell'aggiudicazione, ad un soggetto che non ha partecipato alla gara, ma che di fatto è l'unico vero esecutore.

Inoltre, ulteriori perplessità solleva il regime delle responsabilità. Infatti, secondo l'art. 160 bis, comma 3 del Codice, il finanziatore e l'esecutore, che si associano tra loro, non sono responsabili solidamente, ma ciascuno in rapporto alla specifica obbligazione assunta. Nel caso dell'avvalimento, invece (ex art. 49, comma 4 del Codice), dovrebbe sussistere la responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria con il soggetto finanziatore ausiliato; tuttavia, nel caso di specie, tale responsabilità dovrebbe riguardare la prestazione del finanziatore, che consiste nella corresponsione dei SAL al costruttore, con l'evidente incongruenza logica che quest'ultimo finirebbe per doversi sostituire al finanziatore proprio nei pagamenti verso se stesso.

La novella prevede inoltre che, a base di gara, deve sempre essere messo un progetto di livello preliminare, mentre l'aggiudicatario provvede a predisporre i successivi livelli progettuali, nonché ad eseguire l'opera.

Di particolare interesse è anche l'ulteriore previsione in base alla quale, al fine di incentivare l'utilizzo della locazione finanziaria, l'opera realizzata mediante detto sistema può insistere anche su un'area resa disponibile dall'aggiudicatario.

28) Settori speciali

Il decreto correttivo apporta modifiche – seppur marginali - anche alla disciplina degli enti operanti nei settori speciali.

Le novità introdotte in materia riguardano, in particolare, gli avvisi relativi agli appalti aggiudicati, la qualificazione degli offerenti alle gare, la gestione dei sistemi di qualificazione e dei concorsi di progettazione.

Per quanto concerne le informazioni in ordine agli esiti degli affidamenti, l'art. 1, comma 1, lett. oo) del decreto precisa che se l'ente aggiudicatore utilizza un sistema di qualificazione deve fornire informazioni dettagliate in merito all'aggiudicazione di un

appalto, con le stesse modalità utilizzate per la predisposizione dell'elenco degli operatori economici, suddiviso per categorie di qualificazione.

Relativamente alla qualificazione degli offerenti alle gare ed alla gestione dei sistemi di qualificazione, è introdotta una modifica nell'ipotesi di utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, da parte dei soggetti che intendono qualificarsi alle gare ovvero essere inseriti nel sistema di qualificazione gestito dall'ente.

In particolare, la novella stabilisce che, in entrambe le ipotesi, si applicano gli artt. 49 e 50 del Codice, ad eccezione delle previsioni contenute nel comma 1 lett. a) dell'art. 50 (art. 1, comma 1, lett. pp) e qq)).

In virtù di detta modifica, ai fini del ricorso all'avvalimento di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione, tra l'impresa ausiliata (che si avvale dei requisiti) e l'impresa ausiliaria (che presta il requisito) non deve necessariamente intercorrere un rapporto di controllo, né devono essere controllate da una stessa impresa, ai sensi dell'art. 2359 del cod. civ.

Infine, con riferimento ai concorsi di progettazione, è stata soppressa la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata, senza pubblicazione di bando, di cui all'art. 221 del Codice (art. 1, comma 1, lett. rr)).

29) Contenzioso

Il correttivo non reca molte novità in materia di contenzioso. In particolare, recependo un'indicazione contenuta nel parere del Consiglio di Stato n. 3262/2007, introduce un nuovo art. 240-bis, che si limita a trapiantare nel Codice il testo del comma 4 dell'art. 32 del D.M. n. 145/2000 (recante il capitolato generale d'appalto) in materia di definizione delle riserve.

Detta previsione - di natura contrattuale (e quindi valevole solo se richiamata nel bando e nel contratto) e limitata ai soli lavori pubblici - contempla un'ipotesi di improponibilità di azioni, ordinarie o arbitrali, per importi maggiori rispetto a quelli quantificati nelle riserve.

Lo scopo della trasposizione - oltre alla legificazione della regola e alla sua estensione a tutti i contratti pubblici - è dunque quella di concentrare nel Codice tutti gli strumenti di tutela dell'esecutore e la relativa disciplina.

30) Qualificazione delle imprese e dei prestatori di servizi di ingegneria ed architettura

L'art. 2, comma 1, lett. vv), punto 3, del decreto legislativo, mediante l'aggiunta del comma 9-bis all'art. 253 del Codice dei Contratti, amplia, fino al 31 dicembre 2010, il periodo di riferimento per la dimostrazione dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari, da parte delle imprese che debbono conseguire la qualificazione. Nel dettaglio, fino al 2010, sarà possibile ottenere l'attestazione SOA utilizzando i requisiti della cifra di affari in lavori, della dotazione di attrezzature tecniche e dell'organico medio annuo relativi ai migliori cinque anni dell'ultimo decennio anteriore alla qualificazione.

Nomos Appalti srl

Servizio di Consulenza agli Enti Locali

Peraltro, occorre precisare, sul punto, che il Consiglio di Stato ha espresso parere negativo relativamente alla estensione a dieci anni per i requisiti strutturali, quali la manodopera e l'attrezzatura.

Per la dimostrazione del requisito dei lavori "analoghi", nonché dei c.d. "lavori di punta", il periodo documentabile è quello, invece, del decennio antecedente la data di conseguimento della qualificazione SOA.

Per quanto concerne, poi, gli affidatari degli incarichi di cui all'art. 91 del Codice, l'art. 2, comma 1, lett. vv), punto 4 del decreto correttivo amplia, fino al 31 dicembre 2010, il periodo di riferimento per la comprova dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria.

In particolare, il periodo di attività documentabile è ora quello relativo ai migliori tre anni del quinquennio o ai migliori cinque anni del decennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

NEL RINVIARE AL TESTO DEL DECRETO LEGISLATIVO PER LE ULTERIORI, SPECIFICHE PREVISIONI, SI INFORMANO GLI ENTI E LE SOCIETÀ IN INDIRIZZO CHE NOMOS APPALTI SRL ORGANIZZA UN SEMINARIO PER IL 5 NOVEMBRE P.V. IN ROMA, NEL CORSO DEL QUALE SARANNO OGGETTO DI TRATTAZIONE ED APPROFONDIMENTO LE PRINCIPALI MODIFICHE APPORTATE DAL DECRETO CORRETTIVO ALLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE.

NEI GIORNI SUCCESSIVI SEGUIRÀ UN ULTERIORE, ANALOGO SEMINARIO DI APPROFONDIMENTO CHE SI TERRÀ A MILANO.

* _ * _ * _ * _ * _ *

Nel restare a disposizione si porgono cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli
(responsabile del servizio)

