

LAVORI PUBBLICI - D.LGS. 152/2008 - COMMENTO AL TERZO DECRETO CORRETTIVO DEL CODICE DEGLI APPALTI - D.LGS. 163/2006

Nella Gazzetta Ufficiale n. 231 del 02/10/2008, Supplemento Ordinario n. 227, è stato pubblicato il Decreto Legislativo 11 settembre 2008, n. 152, cosiddetto "Terzo decreto correttivo del Codice degli appalti", inerente ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62." la cui entrata in vigore è fissata al 17 ottobre 2007.

In relazione alle importanti novità per il settore degli appalti pubblici, si ritiene opportuno riportare un primo commento sulle principali novità contenute nel decreto.

1. Opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione

Viene modificato l'art. 32, comma 1 lettera g) del codice degli appalti, che disciplina la realizzazione di opere pubbliche, primarie e secondarie di importo superiore alla soglia comunitaria, a scomputo totale o parziale degli oneri di urbanizzazione gravanti sul titolare del permesso a costruire. Le modifiche apportate intervengono su quella particolare modalità di affidamento che, in base al codice vigente, può scegliere l'amministrazione, consistente in una procedura disciplinata sulla falsariga del project financing, con il riconoscimento del diritto di prelazione in capo al titolare del permesso "promotore", in virtù del quale questi può eseguire direttamente le opere.

Nel decreto, invece, si dispone che l'amministrazione possa prevedere che l'avente diritto a richiedere il permesso a costruire presenti un progetto preliminare delle opere da eseguire, con l'indicazione del termine di realizzazione delle stesse e lo schema di contratto di appalto, sulla base del quale viene indetta una gara nelle forme ordinarie.

Inoltre, con riguardo alle opere di urbanizzazione primaria e secondaria sotto soglia (art. 122, comma 8), per le quali non rileva la normativa sopra descritta dell'art. 32, comma 1 lettera g), trova applicazione la disciplina prevista per la procedura negoziata senza pubblicazione del bando, consistente nello svolgimento di una gara tra almeno cinque operatori economici qualificati.

2. Disciplina delle c.d opere super specializzate

A seguito delle osservazioni formulate dalla Commissione europea (procedura di infrazione n. 2007/2309) circa il divieto di subappalto per le opere superspecializzate di importo superiore al 15% dei lavori (art. 37, comma 11 del codice dei contratti), il decreto correttivo precisa che tali tipologie di opere di importo superiore a detta percentuale, possono essere affidate in subappalto, con i limiti previsti dall'art. 118, comma 2, terzo periodo, ossia il limite del 30% previsto per la categoria prevalente.

Rispetto alla versione del decreto sottoposta all'esame delle Commissioni parlamentari, è stata eliminata la previsione secondo cui l'appaltatore era tenuto ad applicare al subappaltatore gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con un ribasso non superiore all'8% rispetto a questi ultimi. Tuttavia, rispetto a tale testo, risulta reintrodotta il divieto di subappalto, seppure con la parziale liberalizzazione, consistente nella possibilità di subaffidare il 30% dell'importo della lavorazione.

È, altresì, previsto l'obbligo del pagamento diretto del subappaltatore da parte della stazione appaltante.

3. Avvalimento

Il decreto prevede la modificazione del comma 6 dell'art. 49, nel senso che per i lavori rimane ferma la regola secondo cui il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria; tuttavia, il bando può prevedere l'avvalimento di più imprese ausiliarie, purché se ne utilizzi il complesso dei requisiti attestati dalla SOA.

Viene, inoltre, soppresso il comma 7 dell'art. 49, secondo cui l'amministrazione può stabilire che l'impresa appaltatrice debba comunque possedere i requisiti richiesti in una misura ragionevole, sicché l'avvalimento possa riguardare soltanto la parte di requisiti non posseduta. Tale eliminazione suscita perplessità, in quanto la norma consentiva di vedere garantito un livello minimo di qualificazione in capo all'impresa ausiliata.

4. Criteri motivazionali nell'offerta economicamente più vantaggiosa

La norma, relativamente al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, elimina la previsione dell'art. 83, comma 4 del codice, nella parte in cui consente la definizione dei criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi tra i minimi e i massimi indicati nel bando da parte della commissione prima dell'apertura delle offerte.

Da tale eliminazione, sulla scorta dei principi generali, dovrebbe discendere la conseguenza che tali criteri debbano essere predeterminati a monte, nel bando di gara, come più volte sollecitato dall'Ance e come indicato di recente dalla Commissione europea nel primo atto di apertura di una procedura di infrazione. Sarebbe stato opportuno che il decreto specificasse che tali criteri devono essere predeterminati in modo puntuale nel bando di gara.

5. Esclusione automatica delle offerte anormalmente basse

Il decreto introduce un limite di importo pari ad 1 milione di euro per l'esercizio della facoltà per le amministrazioni, di prevedere nel bando l'esclusione automatica delle offerte anomale (art. 122, comma 9). Tale istituto è applicabile qualora il numero minimo delle offerte ammesse sia pari a 10 (nel codice vigente tale numero è pari a 5).

Tale modifica implica l'introduzione della valutazione dell'anomalia anche per appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, ma superiore ad 1 milione di euro.

Si tratta di una scelta del legislatore, che ha tenuto conto della critica sollevata da più settori del mondo imprenditoriale, circa l'utilizzo generalizzato del sistema di valutazione dell'anomalia, considerato che le amministrazioni, soprattutto di piccole dimensioni, non sono sufficientemente strutturate per l'espletamento di tale valutazione.

6. Procedura di interpello

Il decreto precisa che, qualora in caso di fallimento o grave inadempimento dell'appaltatore la stazione appaltante decida di interpellare i concorrenti successivi in graduatoria a quello aggiudicatario sino al 5° classificato, l'affidamento al soggetto che accetti tale richiesta andrà effettuato alle medesime condizioni economiche proposte dal soggetto originariamente aggiudicatario e non, come previsto dalla norma vigente, alle condizioni proposte da ciascun concorrente interpellato.

In tal modo, il legislatore ha inteso dare attuazione alle osservazioni mosse dalla Commissione europea, secondo la quale l'istituto, come disciplinato dal codice vigente, consentendo una sostanziale rinegoziazione dell'appalto, potrebbe costituire una violazione ai principi di concorrenza, essendo tale negoziazione posta in essere senza una nuova procedura di gara e in assenza dei presupposti per accedere alla procedura negoziata.

7. Project financing

Il decreto sostanzialmente si pone nell'ottica di una revisione delle norme del codice. Pertanto, si sintetizza di seguito la disciplina dell'istituto, evidenziando i passaggi fondamentali della procedura:

a) opere inserite nella programmazione: l'amministrazione, a seguito dell'approvazione del programma triennale e dell'elenco annuale dei lavori, con il quale rende noto l'inserimento in programma di opere realizzabili con capitali privati, pubblica un bando di gara sulla base del proprio studio di fattibilità dell'opera, al fine di individuare un soggetto promotore. I concorrenti presentano le proprie proposte contenenti il progetto preliminare, il piano economico finanziario

asseverato e la bozza di convenzione. Tali proposte sono valutate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il progetto preliminare del promotore deve essere sottoposto ad approvazione secondo la normativa vigente. In tale fase il promotore ha l'onere di apportare le modifiche progettuali necessarie per l'approvazione del progetto.

Se in sede di approvazione il progetto non ha subito modifiche, si procede all'aggiudicazione della concessione al promotore. Se invece sono state richieste delle modifiche, la concessione viene aggiudicata successivamente all'eventuale accettazione da parte del promotore di far proprio il progetto modificato e di adeguarvi le condizioni economiche proposte. Ove il promotore non accetti di modificare il progetto, l'amministrazione ha la facoltà di richiedere ai concorrenti successivi in graduatoria di accettare tali modifiche da apportare al progetto del promotore alle stesse condizioni proposte a quest'ultimo.

Se il promotore non risulta aggiudicatario della concessione, lo stesso ha diritto al pagamento delle spese sostenute per la predisposizione della progettazione.

In alternativa alla procedura descritta, è previsto che le amministrazioni possano pubblicare un bando sempre ponendo a base di gara lo studio di fattibilità e specificando che il soggetto promotore potrà esercitare il diritto di prelazione, laddove adegui la propria offerta a quella che sarà ritenuta più vantaggiosa, all'esito di una ulteriore procedura selettiva a valle dell'individuazione del promotore.

Pertanto, vi sono due momenti: il primo, diretto ad individuare il soggetto promotore e a porne in approvazione il progetto preliminare secondo la procedura ordinaria; il secondo, diretto ad individuare le migliori offerte relative al progetto del promotore come approvato, rispetto alle quali quest'ultimo può nel termine di 45 giorni esercitare il diritto di prelazione e rendersi aggiudicatario della concessione.

Si prevede, infine, l'attribuzione ai soggetti privati del potere di sollecitare l'amministrazione, laddove questa rimanga inerte, non provvedendo entro sei mesi dall'approvazione dell'elenco annuale alla pubblicazione del bando per opere in esso inserite.

In particolare, scaduto detto termine, i privati possono presentare le proprie proposte contenenti il progetto preliminare nei successivi 4 mesi. Entro sessanta giorni dalla scadenza dei 4 mesi, l'amministrazione pubblica un avviso contenente i criteri per la valutazione di dette proposte. Individuata la proposta ritenuta di pubblico interesse, ove il progetto preliminare necessiti di modifiche, indice un dialogo competitivo; ove non necessiti di modifiche, può alternativamente indire una gara ordinaria per l'affidamento della concessione ovvero una gara nei termini sopra visti con il diritto di prelazione, invitando in entrambe i casi il promotore a partecipare a tale fase di selezione.

b) opere non inserite nella programmazione: si prevede la possibilità per i soggetti privati di presentare all'amministrazione in qualsiasi momento, anche al di fuori della fase di programmazione, proposte consistenti in uno studio di fattibilità per la realizzazione e la gestione di opere in concessione.

Qualora l'amministrazione, procedendo obbligatoriamente alla valutazione nel termine di sei mesi dal ricevimento della proposta, reputi l'opera di interesse pubblico la inserisce nel programma ed avvia la procedura di gara secondo le modalità sopra indicate.

8. Contratti di partenariato pubblico-privato

Viene introdotta dal decreto, nell'ambito dell'art. 3 del codice, la definizione dei contratti di partenariato pubblico privato, come quelli (per i lavori) aventi ad oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico dei privati. A titolo di esempio sono citati la concessione, la locazione finanziaria, l'affidamento mediante finanza di progetto, le società miste,

nonché l'affidamento a contraente generale, qualora il corrispettivo sia posticipato rispetto all'esecuzione e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi.

9. Consorzi stabili

Il decreto modifica il divieto di partecipazione congiunta alle gare dei consorzi stabili e delle imprese consorziate, prevedendo che tale divieto operi esclusivamente nei riguardi dell'impresa consorziata indicata quale esecutrice in sede di gara; tuttavia, per gli appalti di importo pari o inferiore a 1 milione di euro, per i quali l'amministrazione abbia optato per l'esclusione automatica, il divieto si estende a tutte le imprese consorziate. La medesima previsione trova applicazione anche per i consorzi di cooperative e di artigiani.

10. Esclusione dalle gare per false dichiarazioni del subappaltatore

La disposizione modifica l'art. 38, comma 1 lettera h) del codice, prevedendo l'esclusione fino ad un anno dalle procedure di gara per falsità nelle dichiarazioni relative ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per eseguire lavori pubblici, non soltanto rese in sede di gara, ma anche "per l'affidamento dei subappalti".

Si ritiene che la previsione vada intesa nel senso che le dichiarazioni rilevanti siano quelle rese dal subappaltatore ai fini dell'autorizzazione al subappalto e che, pertanto, a quest'ultimo possa essere preclusa la partecipazione alle gare in caso di falsità delle stesse. Ciò sembra confermato dall'art. 118, comma 2, punto 3, 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.

11. Commissione consultiva presso Autorità di vigilanza

È soppressa la Commissione consultiva istituita presso l'Autorità di vigilanza. Come noto, tale Commissione ha il compito di fornire pareri in tema di qualificazione e SOA.

12. Contratti a corpo e a misura

Il decreto modifica significativamente la disposizione vigente in tema di contratti a corpo e a misura che sostanzialmente rimette all'apprezzamento generale dell'amministrazione se stipulare il contratto di appalto con la modalità a corpo o a misura, in relazione alle caratteristiche del singolo appalto.

La nuova norma, invece, prevede che la regola generale, sia per gli appalti di sola esecuzione che per gli appalti di progettazione ed esecuzione, sia quella della contabilizzazione a corpo. È ammessa la possibilità dei contratti a misura nel caso degli appalti di sola esecuzione di importo inferiore a 500.000 euro e nei casi degli appalti riguardanti i lavori di manutenzione, restauro, scavo archeologico, opere in sotterraneo e di consolidamento dei terreni.

In sostanza, dunque, la previsione in esame vanifica l'importante innovazione, introdotta dal codice vigente rispetto al sistema normativo precedente, di effettiva liberalizzazione dell'appalto a misura, eliminando anche l'ipotesi mista degli appalti a corpo e a misura.

13. Aste elettroniche

Il decreto, modificando l'art. 85, comma 13 del codice, estende il ricorso a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici anche al settore dei lavori.

14. Congruità della manodopera

Il decreto modifica la previsione contenuta al comma 6-bis dell'articolo 118, stabilendo che la verifica di congruità dell'incidenza della manodopera, della quale occorre dare atto nel documento unico di regolarità contributiva e che deve essere effettuata dalla Cassa Edile, deve tener conto, per il settore dei lavori, delle percentuali stabilite con accordo assunto tra le parti sociali a livello nazionale per il settore edile.

Tale particolare statuizione per i lavori appare maggiormente flessibile rispetto alla disciplina attualmente vigente che invece rinvia per la verifica di congruità ai valori individuati tramite decreto ministeriale.

15. Procedura ristretta semplificata

Il decreto innalza la soglia di importo per il ricorso alla procedura ristretta semplificata, portandola dagli attuali 750.000 euro ad 1 milione di euro.

16. Adeguamento del corrispettivo di appalto

Il decreto introduce nel corpo dell'articolo 133 del codice un'importante previsione, consistente nella possibilità per le imprese appaltatrici di ottenere dall'amministrazione appaltante l'anticipazione del pagamento di determinati materiali da costruzione da mettere poi in opera ai fini dell'esecuzione dei lavori.

Più in particolare, il decreto precisa che, fermi restando gli attuali divieti di anticipazione del prezzo d'appalto, nel bando di gara l'amministrazione, nei limiti delle risorse disponibili ed imputabili all'acquisto dei materiali, può individuare i singoli materiali da costruzione per i quali anticipare all'appaltatore il pagamento del prezzo, secondo modalità e tempi che verranno stabiliti nel contratto d'appalto, ferma restando l'applicazione dei prezzi contrattuali o dei prezzi elementari desunti dagli stessi.

L'anticipazione del pagamento è tuttavia sottoposta a determinate condizioni: l'esibizione da parte dell'affidatario delle fatture o altri documenti comprovanti l'acquisto del materiale, nella tipologia e quantità necessaria all'esecuzione del lavoro; la destinazione del materiale allo specifico contratto d'appalto; la preventiva accettazione dei materiali da parte del direttore dei lavori; l'accertamento da parte del responsabile del procedimento dell'effettivo inizio dei lavori e che la loro esecuzione proceda conformemente al cronoprogramma; ed infine, la costituzione di apposita garanzia fideiussoria, bancaria o assicurativa, di importo pari all'importo del pagamento anticipato, maggiorato del tasso di interesse legale fino al momento del recupero dell'anticipazione.

Il decreto prevede poi che il committente escuta immediatamente tale garanzia qualora l'affidatario dei lavori sia inadempiente ovvero in caso di loro interruzione o mancato completamento dell'opera per cause non imputabili alla committenza.

L'importo della garanzia è poi automaticamente svincolato nel corso dei lavori, in relazione al progressivo recupero del pagamento da parte dell'amministrazione.

Il decreto precisa, inoltre, che, per i materiali per i quali l'amministrazione ha consentito nel bando l'anticipazione del prezzo, non è possibile invocare l'applicazione dell'istituto del cd. "prezzo chiuso" (art. 133, c 3), né di quello della cd. "compensazione" per l'aumento del costo dei materiali (art. 133, c 4).

Con riferimento poi ad entrambi gli istituti sopra richiamati, si introduce l'obbligo per l'appaltatore di formulare apposita istanza entro un termine di decadenza, fissato in 60 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta dei relativi decreti ministeriali. Infine, per entrambe le ipotesi, il decreto correttivo anticipa dal 30 giugno al 31 marzo di ciascun anno l'adozione dei decreti ministeriali previsti rispettivamente per l'accertamento delle condizioni per l'applicazione del prezzo chiuso e per la rilevazione delle variazioni dei prezzi dei materiali per la compensazione.

17. Leasing in costruendo

Il decreto introduce, nell'ambito dell'articolo 160 bis del codice, la definizione del contratto di locazione finanziaria, quale appalto pubblico di lavori, a meno che questi non abbiano carattere accessorio (ipotesi quest'ultima pressoché irrealizzabile). Inoltre, si precisa che, nelle gare aventi ad oggetto l'affidamento di un contratto di leasing in costruendo, il soggetto finanziatore debba dimostrare alla stazione appaltante la disponibilità dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto "se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche in associazione temporanea con un soggetto realizzatore".

La disposizione desta perplessità sotto vari profili.

Innanzitutto, la norma sembra configurare l'ipotesi che il soggetto finanziatore possa partecipare anche da solo alla gara, ciò in contrasto con la definizione del leasing in costruendo inserita nella norma.

Inoltre, per quanto attiene alle modalità con le quali il soggetto finanziatore dovrebbe assicurare la disponibilità dei mezzi necessari a realizzare l'opera, il decreto individua sostanzialmente due modalità : una sorta di avvalimento delle risorse di un soggetto costruttore e l'associazione temporanea con quest'ultimo.

Tale impostazione solleva notevoli dubbi, considerato che la natura mista del contratto di leasing in costruendo sembra delineare, quale unica forma possibile di partecipazione a tale tipologia di gare, quella dell'associazione temporanea tra un soggetto costruttore ed uno finanziatore.

18. Ampliamento del periodo di attività documentabile in sede di qualificazione

Nel decreto è contenuta una disposizione, fortemente richiesta dall'Ance, che consente alle imprese, seppure in via transitoria fino al 31 dicembre 2010, di dimostrare in sede di qualificazione il possesso dei requisiti della cifra di affari in lavori, delle attrezzature tecniche e dell'organico medio attraverso l'estensione del periodo di attività documentabile ai migliori cinque anni dell'ultimo decennio anteriore alla qualificazione. Per la dimostrazione del requisito dei lavori in categoria, nonché dei c.d. lavori di punta il periodo documentabile è quello del decennio antecedente la qualificazione stessa.

Si tratta, evidentemente, di una rilevante apertura sul piano della qualificazione, da lungo tempo auspicata dalle imprese, al fine di consentire il mantenimento delle attestazioni di qualificazione in un mercato che, negli ultimi anni, è stato caratterizzato da una forte contrazione di lavori.