

## **TESTO UNICO SUGLI APPALTI DOCUMENTO ANCE**

### **ART. 15 - LAVORI IN HOUSE**

Risulta soppresso il testo dell'art. 15 che, conformemente alla giurisprudenza comunitaria, stabiliva a quali condizioni fosse possibile l'affidamento dei lavori in house.

Probabilmente, tale soppressione deriva dal dubbio che la norma potesse eccedere i limiti della delega legislativa.

Sul piano pratico, comunque, tale soppressione non modifica in modo significativo il quadro dei principi in materia, visto che la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che limita fortemente l'ambito di possibilità di affidamento dei lavori in house, resta comunque un imprescindibile limite all'operatività delle stazioni appaltanti.

### **ARTT. 56-57-122-125 - PROCEDURA NEGOZIATA**

La procedura negoziata, e cioè sostanzialmente la trattativa privata con o senza previa pubblicazione di un bando di gara di cui agli artt. 56 e 57, viene ammessa, sia per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, sia per quelli di importo inferiore, nelle ipotesi stabilite dalla normativa comunitaria. Si tratta comunque di casi che richiedono l'accertamento di precisi presupposti (gara deserta, estrema urgenza, motivazioni di natura tecnica, opere complementari, lavori ripetitivi previsti in un progetto iniziale); in tutte queste ipotesi, pertanto il ricorso alla procedura negoziata deve essere opportunamente motivato.

E' stata invece soppressa la previsione della possibilità generalizzata della procedura negoziata - previa gara informale - per gli appalti di valore sino a 500.000 Euro. La previsione di trattativa privata generalizzata resta limitata agli appalti di importo inferiore a 100.000 euro, come già previsto dalla Legge Merloni (art. 122 comma 7).

La soglia dei lavori in economia e' elevata a 500.000 euro (art. 125 comma 5).

### **ART. 32 . OPERE A SCOMPUTO**

Relativamente alle opere di urbanizzazione a scomputo, è stata sostanzialmente recepita la posizione dell'ANCE volta alla ricerca di meccanismi che consentissero l'esecuzione di tali opere da parte del soggetto, titolare del permesso a costruire, e realizzatore perciò dell'intervento principale.

All'art. 32, comma 1, lett. g), è stabilito che l'amministrazione comunale può prevedere che, relativamente alle opere di urbanizzazione, il titolare del permesso a costruire assuma la veste di promotore.

In tale caso, con una disciplina in parte mutuata dalla figura del project financing, di cui all'art. 37 bis e seguenti della legge n. 109/94, il promotore presenta al Comune, entro 90 giorni dalla data del permesso a costruire, il progetto preliminare delle opere di urbanizzazione e, dopo l'approvazione di questo da parte del Comune, bandisce una gara pubblica che, verosimilmente, non può che essere espletata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dovendo i concorrenti elaborare la progettazione definitiva ed esecutiva.

Ad intervenuta aggiudicazione, il promotore titolare del permesso a costruire, a condizione che ciò sia stato espressamente previsto nel bando di gara, può esercitare il diritto di prelazione, e cioè divenire esso stesso aggiudicatario, facendo propria l'offerta risultata migliore in sede di gara. Nel caso di esercizio del diritto di prelazione, il promotore è tenuto a corrispondere al soggetto aggiudicatario della gara espletata, un importo pari al 3% del valore dell'appalto, a compenso degli oneri da questo sostenuti per la partecipazione alla gara stessa.

### **ARTT. 53 e 81 - LIBERALIZZAZIONE DELL'APPALTO INTEGRATO, DELL'APPALTO CONCORSO E DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU' VANTAGGIOSA.**

Come è noto, nella vigente legislazione, sia l'appalto-integrato (e cioè quello nel quale l'aggiudicatario resta obbligato ad elaborare la progettazione esecutiva prima dell'avvio dei lavori)

sia l'appalto-concorso (e cioè quello nel quale i concorrenti elaborano in sede di gara la progettazione dell'opera come elemento dell'offerta) sono circoscritti ad ipotesi particolari (opere complesse ovvero di particolare natura, quali le opere impiantistiche o ad elevata componente tecnologica, ovvero, nel caso di appalto integrato, lavori di importo superiore a 10 milioni di euro - artt. 19 e 20 della legge n. 109/94).

Nello schema di T.U. in discussione, tali limitazioni vengono meno, in quanto viene rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione la scelta della tipologia di affidamento da adottare in relazione alle esigenze del caso specifico, e cioè quella dell'appalto di sola esecuzione, ovvero dell'appalto-integrato, ovvero, infine, dell'appalto concorso.

Tale impostazione appare, in linea di principio, condivisibile, considerando che risulta inopportuno limitare l'appalto-integrato e l'appalto-concorso a casi del tutto particolari, laddove, invece, questi possono risultare utili in relazione alle specifiche valutazioni inerenti ogni singolo lavoro.

Analoga discrezionalità è lasciata all'amministrazione sulla scelta del criterio di aggiudicazione (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa) da effettuarsi in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto.

#### **ART. 55 - PROCEDURE RISTRETTE**

E' stabilito che le amministrazioni adottino procedure ristrette di preferenza per attuare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa o in tutti i casi in cui si chiede ai concorrenti attività progettuale.

Pertanto, è stabilito che (art. 3) nelle procedure ristrette possano presentare offerta soltanto le imprese invitate.

Ciò contraddice il principio elaborato dalla nostra giurisprudenza e poi codificato nella Legge Merloni, secondo cui tutte le imprese in possesso dei requisiti necessari possono presentare offerta e perciò partecipare anche alle procedure ristrette.

Sul punto, l'ANCE ha manifestato, nelle sedi competenti, tutte le sue perplessità in ordine alla possibilità, per le amministrazioni, di non invitare alla gara soggetti comunque in possesso della necessaria idoneità.

Tale posizione è stata sostanzialmente recepita nel testo approvato dal Consiglio dei Ministri, che all'articolo 55, comma 6, stabilisce ora che, nelle procedure ristrette di importo inferiore a 40 milioni di Euro, debbano essere invitate tutte le imprese che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti di idoneità prescritti.

In tal modo, dunque, di fatto per gli appalti di importo inferiore a 40 milioni di Euro, risulta annullata qualsiasi discrezionalità amministrativa relativamente a soggetti da invitare

#### **ART 62 - FORCELLA**

L'art. 62 prevede che le amministrazioni possano stabilire nel bando di gara il numero minimo e massimo dei soggetti da invitare.

Anche su tale disposizione, l'ANCE è intervenuta nelle sedi competenti evidenziando i rischi gravissimi cui può condurre una disciplina, che prevedendo il numero massimo dei soggetti da invitare, escluda dal comparto concorrenziale soggetti in possesso dei requisiti richiesti.

Le posizioni dell'ANCE sono state sostanzialmente accolte e nel nuovo testo approvato dal Consiglio dei Ministri è stabilito che, relativamente alle procedure ristrette:

- a) la forcilla può trovare applicazione soltanto per lavori di importo pari o superiore a 40 milioni di Euro;
- b) la forcilla può trovare applicazione soltanto nei casi di particolare difficoltà o complessità dell'opera;
- c) l'amministrazione deve indicare nel bando i criteri oggettivi, a carattere non discriminatorio, per selezionare i concorrenti. Tali criteri devono essere pertinenti all'oggetto del contratto;
- d) il numero minimo dei soggetti da invitare per gli appalti superiori ai 40 milioni deve essere di 20 imprese; con tale prescrizione, di fatto, i rischi connessi all'istituto della forcilla vengono fortemente ridotti, visto che il numero minimo di 20 imprese comunque assicura un'adeguata concorrenza.

## **ART. 61 - LAVORI DI EDILIZIA RESIDENZIALE PUBBLICA**

L'art. 61 prevede una forma di gara speciale per la scelta dell'imprenditore che avrà l'incarico di eseguire l'opera nel caso:

- di progettazione e costruzione di un complesso residenziale di edilizia residenziale pubblica;
- si tratti di un piano che, a causa della complessità e della durata dei lavori, richieda una stretta collaborazione tra le amministrazioni aggiudicatrici, esperti e soggetto costruttore.

Trattandosi di una particolare ed inusuale procedura di gara ed inoltre, al fine di circoscrivere l'ambito della norma ai casi di opere ad elevata connotazione pubblica, l'ANACE ha richiesto che la sua applicazione venisse limitata ai casi in cui la sovvenzione pubblica in conto capitale sia superiore al 50% del costo di costruzione.

Tale richiesta è stata totalmente recepita nel testo approvato dal Consiglio dei ministri.

## **ART. 86, 87, 88e 122, comm 9 - VALUTAZIONE DELLE OFFERTE ANOMALE**

Relativamente agli appalti sottosoglia, l'ANACE si era espressa nel senso dell'abrogazione del criterio dell'esclusione automatica, richiedendo peraltro un periodo transitorio nel quale le amministrazioni potessero attrezzarsi per l'attuazione del delicato procedimento di verifica in contraddittorio dell'anomalia.

Il nuovo testo ha invece reintrodotta, rispetto allo schema precedente, il criterio dell'esclusione automatica sottosoglia.

Tale decisione, verosimilmente, è l'effetto di richieste da parte delle amministrazioni, specie di piccole e medie dimensioni, per le quali l'esigenza di procedere sistematicamente alla verifica in contraddittorio dell'anomalia, anche per gare di modesto importo, avrebbe comportato appesantimenti burocratici e l'ampliamento del rischio di contenziosi.

Infine, per quanto concerne gli appalti sopra soglia, è stata accolta la richiesta dell'ANACE di reinserire l'obbligo di presentazione, in sede di offerta, delle giustificazioni, trattandosi di adempimento tendente a responsabilizzare le imprese in sede di gara e ad indurle a formulare offerte ragionate e fondate su un attento studio del progetto.

## **ART. 49 E 50 - AVVALIMENTO**

Come si è precisato nelle precedenti informative, l'istituto dell'avvalimento è a recepimento obbligatorio, per cui gli Stati membri devono necessariamente recepire le relative disposizioni.

Vengono previste due forme di avvalimento:

- a) in occasione di ogni singola gara;
- b) in sede di qualificazione Soa.

Si ricorda che tale istituto, introdotto dagli articoli 47, comma 2 e 48, comma 3 della direttiva 2004/18/CE, consiste nel principio secondo cui un imprenditore ha facoltà, nella partecipazione ad una gara di appalto, di fare affidamento sulla capacità economica e tecnica di altri imprenditori, alla condizione che dimostri all'ente appaltante che disporrà in concreto di dette capacità, dandone prova attraverso, per esempio, la presentazione di un impegno, da parte dell'impresa di cui il concorrente intende avvalersi, di mettere tali capacità a disposizione dell'impresa concorrente.

Tale disposizione riguarda le ipotesi dei requisiti da dimostrare in occasione della singola gara (attestazione Soa, ovvero l'ulteriore requisito della cifra di affari da richiedere per gli appalti di importo superiore a 20.658.276 euro ai sensi dell'art. 3 del D.P.R. n. 34/2000).

Il successivo articolo 52, comma 1, punto 3, si occupa, invece, dei requisiti da dimostrare per ottenere la certificazione di qualificazione da parte di organismi pubblici o privati (nel nostro ordinamento è il caso dell'attestazione Soa).

Anche in tale ipotesi, l'impresa che chiede l'attestazione può avvalersi dei requisiti di altra impresa, ma alle seguenti condizioni:

1. che sia l'impresa "avvalente", sia l'impresa "avvalsa" facciano parte dello stesso gruppo;
2. che l'impresa "avvalente" dia prova all'autorità o all'organismo di certificazione che disporrà in concreto dei requisiti di idoneità dell'impresa "avvalsa";
3. che tale prova di disponibilità sia data per l'intera durata di validità della certificazione;
4. che il possesso dei requisiti dell'impresa "avvalsa" permanga per tutta la durata di validità della certificazione.

Considerati i possibili abusi cui può dare luogo questa figura, l'ANCE ha richiesto che venisse prevista la responsabilità solidale dell'avvalso con l'avvalente, al fine di predeterminare un deterrente ad avvalimenti di favore e comunque al fine di responsabilizzare, sotto il profilo patrimoniale, il soggetto disposto a concedere i propri requisiti di qualificazione.

Tale richiesta risulta pienamente accolta, in quanto, per entrambe le forme di avvalimento, è espressamente ed inequivocabilmente stabilita la suddetta tutela derivante dalla responsabilità solidale.

#### **ART. 58 - DIALOGO COMPETITIVO**

Nei casi di appalti particolarmente complessi, è prevista la procedura di gara del dialogo competitivo, nella quale l'amministrazione non è in grado di formulare con precisione, al momento della pubblicazione del bando, i termini dell'appalto, né di conoscere le soluzioni tecnico-finanziarie che il mercato è potenzialmente in grado di offrire e, pertanto, sollecita un "dialogo" con le imprese al fine di individuare, attraverso diverse fasi, la migliore soluzione sul piano tecnico ed economico.

Trattandosi di un sistema fortemente discrezionale, l'ANCE ha richiesto che il suo ambito di operabilità fosse circoscritto ad ipotesi del tutto eccezionali, nelle quali, cioè, l'amministrazione, per la complessità della situazione, non sia in grado di elaborare, senza sua colpa o negligenza, neppure studi di carattere preliminare.

Le richieste dell'ANCE sono state accolte, con l'introduzione di una disposizione contenente i profili sopra citati.

#### **ART. 59 - ACCORDI QUADRO**

Questo sistema di gara, com'è noto, tende a selezionare un certo numero di imprese con le quali l'ente appaltante stipulerà contratti di appalto da eseguire in un determinato periodo (fino a 4 anni).

La posizione dell'ANCE era contraria a tale figura per gli effetti limitativi di questa sulla concorrenza.

Il testo approvato dal Consiglio dei Ministri ha in larga parte accolto le richieste dell'ANCE, in quanto ha circoscritto la possibilità di applicazione degli accordi quadro ai lavori di manutenzione e ad altri lavori connotati da requisiti di serialità e cioè ripetitività nel tempo della stessa prestazione, da prevedersi nel regolamento di attuazione.

#### **ART. 85 - ASTE ELETTRONICHE**

L'ANCE, nelle sedi competenti, ha espresso tutte le sue perplessità su tale sistema in ragione della eventualità di rilanci a catena e perciò di ribassi particolarmente elevati. Ha quindi richiesto l'introduzione di limitazioni che in qualche modo contenessero tale fenomeno, peraltro già dimostratosi foriero di ribassi temerari nelle esperienze degli enti che in passato già hanno utilizzato l'asta elettronica.

La richiesta dell'ANCE è stata accolta, in quanto, al comma 10 dell'art. 85 del nuovo schema approvato dal Consiglio dei Ministri, è stato stabilito che il bando deve prevedere la data e l'ora di chiusura dell'asta, allo scadere della quale la stessa va considerata conclusa senza possibilità alcuna di ribassi ulteriori.