

Legge 27 dicembre 2006, n. 296 - Legge Finanziaria 2007. Disposizioni di rilievo per il settore degli appalti pubblici

Circolare Ance 22/01/2007, n. 6

Il 1° gennaio 2007 è entrata in vigore la legge 27 dicembre 2006, n. 296, legge finanziaria 2007, che contiene alcune disposizioni di particolare interesse per il settore delle opere pubbliche.

Più precisamente, la legge finanziaria 2007 introduce:

1. la disciplina del c.d. **leasing in costruendo**, quale forma di finanziamento per la realizzazione di opere pubbliche (art. 1, commi 907-908; 912-913-914);
2. la disciplina di alcuni aspetti relativi al **costo della manodopera** ed al **trattamento dei lavoratori** (indici di congruità, obblighi di sicurezza ai fini della qualificazione, responsabilità solidale del committente/appaltatore) (art. 1, commi 909-910-911);
3. la disciplina in tema di **concessioni autostradali**, che modifica le norme recentemente introdotte in tale settore dalla legge n. 286/2006 (art. 1, comma 1030).

1. Leasing in costruendo

La legge finanziaria 2007 ha introdotto una disciplina, seppure non esaustiva, del **leasing in costruendo**, che costituisce una forma di finanziamento privato delle opere pubbliche, già sperimentata in anni recenti da numerose amministrazioni pubbliche. Si tratta di una forma di realizzazione per mezzo della quale un soggetto finanziario anticipa all'appaltatore i fondi per eseguire l'opera pubblica e, successivamente all'avvenuta esecuzione, viene ristorato dal soggetto appaltante attraverso la corresponsione di canoni periodici.

Si noti che, nonostante la terminologia adottata dal legislatore (leasing), la procedura ora detta si differenzia considerevolmente dal leasing tradizionale, caratterizzato dal fatto che il soggetto beneficiario può al termine del rapporto riscattare il bene, nel qual caso i canoni corrisposti hanno natura giuridica di acconti sul prezzo, o non riscattarlo, nel qual caso hanno natura giuridica di canoni di locazione.

E' del tutto evidente che, in materia di realizzazione di un'opera pubblica, realisticamente la facoltà di riscatto o meno non si pone, in quanto il beneficiario (e cioè l'ente appaltante) deve necessariamente riscattare l'opera, essendo impensabile che essa resti in qualche modo soggetta ad un diritto reale del privato. Ciò che si vuol dire è che, nonostante la terminologia adottata, il leasing in costruendo di fatto altro non è che una forma di finanziamento all'appaltatore, con accollo dell'onere di restituzione dell'importo finanziato da parte dell'ente appaltante.

La regolamentazione dell'istituto, introdotta dalla legge finanziaria, concerne esclusivamente la fase della gara.

In particolare, il comma 907 prevede la possibilità per le amministrazioni tenute all'applicazione del codice dei contratti pubblici di ricorrere al contratto di locazione finanziaria "per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità".

Il successivo comma 908 afferma che il bando di gara deve determinare sia i requisiti di tipo economico, tecnico-realizzativo ed organizzativo dei soggetti partecipanti alla gara, sia le caratteristiche tecniche dell'opera, i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione, nonché i parametri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Si evidenzia che tale previsione appare coerente con le caratteristiche sopra delineate del leasing in costruendo, che rappresenta uno strumento di natura finanziaria, ma comunque ed in ultima istanza, finalizzato alla realizzazione di un'opera pubblica. Pertanto, la scelta del legislatore di richiedere che il bando precisi i requisiti tecnico-realizzativi del concorrente e le caratteristiche progettuali dell'opera denota il pieno riconoscimento della finalità sostanziale dell'istituto, chiarendo una volta per tutte che a base di gara dovrà essere posto il progetto dell'opera, sul quale i concorrenti saranno chiamati a formulare la propria offerta.

Questa previsione, fortemente voluta dall'Ance, esclude definitivamente la possibilità che la gara per il leasing in costruendo possa essere gestita come una gara per l'affidamento di un appalto di servizi; una gara, cioè, tra soggetti esercenti attività finanziaria, fondata su requisiti esclusivamente finanziari, con la scelta a valle del soggetto realizzatore rimessa direttamente all'aggiudicatario-soggetto finanziatore. Quest'ultima modalità di utilizzo del leasing si era, infatti, più volte verificata nella prassi, proprio a causa di un inquadramento parziale dell'operazione, che ne evidenziava più il profilo finanziario che quello sostanziale di realizzazione dell'opera pubblica.

Il comma 912 afferma, con una dizione alquanto singolare, che il soggetto partecipante alla gara "può essere anche un'associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore".

Ciò che lascia perplessi è che la norma prevede questa forma di partecipazione come una mera facoltà, così inducendo a ritenere che alla gara possano partecipare anche soltanto soggetti finanziatori, che poi a valle sceglieranno il soggetto realizzatore dell'opera. In questi termini, la disposizione è assolutamente incoerente con i seguenti profili: innanzitutto con il comma 908, che come sopra evidenziato, contempla sia requisiti finanziari che realizzativi; in secondo luogo con le sopra evidenziate finalità sostanziali dell'istituto del leasing in costruendo. Infatti, ove si consentisse la partecipazione dei soli soggetti finanziatori, si finirebbe, nella sostanza, per affidare un lavoro pubblico ad un soggetto (l'ente finanziatore) che svolge attività del tutto eterogenea rispetto all'oggetto del contratto.

Ne deriva che sarebbe opportuno che la disposizione venisse modificata nel senso di prevedere l'ATI composta dal soggetto costruttore e dal soggetto finanziatore, come l'unica forma possibile di partecipazione a questa tipologia di gara.

La norma precisa poi che, nel caso dell'ATI tra il soggetto finanziatore ed il soggetto realizzatore, ciascuno debba essere responsabile per la relativa obbligazione assunta, escludendo in tal modo la solidarietà tra i soggetti che compongono l'associazione.

E' inoltre previsto che, in ipotesi di fallimento, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'adempimento da parte di uno dei soggetti costituenti l'associazione, l'altro possa sostituirlo, con l'assenso del committente, con altro soggetto che abbia i medesimi requisiti e caratteristiche del soggetto sostituito.

Al riguardo, deve evidenziarsi che la previsione non è del tutto chiara, considerato che dal dettato normativo non è dato comprendere quale sia la sostanziale portata dell'assenso del committente, ossia se quest'ultimo abbia la discrezionalità di valutare l'opportunità o meno della sostituzione ovvero se debba fornire l'assenso, laddove il sostituto proposto dal componente dell'ATI abbia i necessari requisiti di idoneità.

Leggendo la disposizione alla luce dei principi generali del diritto amministrativo sembra potersi ragionevolmente pervenire alla conclusione che, laddove ricorrano tutti i presupposti di idoneità del soggetto subentrante, l'assenso debba essere dato e possa essere negato soltanto nei casi in cui ricorrano sensibili motivazioni di opportunità, tali da giustificare il dissenso medesimo. In tal caso, naturalmente, l'atto di diniego dell'assenso dovrebbe essere congruamente motivato, in modo da consentire al richiedente di verificare che esso sia immune da vizi che ne determinino l'impugnabilità dinanzi al giudice amministrativo.

Il comma 912 prevede, altresì, che alle gare per il leasing in costruendo possa partecipare anche il contraente generale. A tale proposito, occorre sottolineare la poca chiarezza della norma, in quanto tale possibilità risulta prevista in termini generali, mentre, ad avviso dell'Ance, si sarebbe dovuta, più opportunamente, limitare alla realizzazione delle infrastrutture strategiche, di cui agli artt. 220 e seguenti del codice.

Per quanto concerne, infine, la fase dell'esecuzione dei lavori, questa stranamente non ha ricevuto alcuna disciplina, pur essendo evidenti le peculiarità derivanti dall'esistenza del rapporto intercorrente tra i tre soggetti (il soggetto pubblico, la società di leasing, l'appaltatore). Va evidenziato, infatti che, a prescindere dal *nomen iuris* adottato dal legislatore, l'operazione

sul piano giuridico viene a configurarsi nella sostanza come un contratto di appalto tra soggetto pubblico ed appaltatore ed un contratto di mutuo tra società di leasing ed appaltatore con accollo dell'onere di restituzione da parte del soggetto pubblico. Su questo presupposto, la fattispecie dovrebbe ricevere puntuale disciplina, nel senso che al rapporto di appalto dovrebbero continuare ad applicarsi in toto le regole sugli appalti pubblici (direzione dei lavori, registro di contabilità, riserve etc.), con la particolarità che i pagamenti da parte della società di leasing all'appaltatore dovrebbero di volta in volta venire autorizzati dal soggetto appaltante, con esonero del primo da qualsiasi responsabilità.

Come si vede, le problematiche, appena accennate, sono assai delicate e richiederebbero una puntuale disciplina legislativa.

2. Aspetti relativi al costo della manodopera ed al trattamento dei lavoratori

a. Indici di congruità del costo della manodopera

Il comma 909 della legge finanziaria, modificando l'art. 86 del codice dei contratti, stabilisce che gli enti aggiudicatori debbano valutare che l'elemento "costo del lavoro" risulti adeguato e sufficiente rispetto a quello indicato nelle tabelle che periodicamente redigerà il Ministro del lavoro. Tali tabelle saranno redatte sulla base dei valori economici della contrattazione collettiva, delle norme in materia previdenziale, nonché dei diversi settori merceologici e delle diverse aree territoriali.

La valutazione sulla congruità del costo del lavoro dovrà intervenire sia in fase di predisposizione della gara d'appalto, e quindi in sede di progettazione, sia in caso di valutazione dell'anomalia delle offerte presentate in gara.

Per quanto la norma appaia piuttosto stringata, può comunque presumersi che le predette tabelle dovranno necessariamente determinare indici di congruità minimi per ciascuna tipologia di lavoro, indicando sia il costo unitario per lavoratore, desunto essenzialmente dalla contrattazione collettiva, sia il quantitativo minimo di manodopera (numero di lavoratori) occorrente per realizzare le singole tipologie di interventi.

Pertanto, una volta reso operativo il nuovo sistema della congruità, il progettista dovrà stimare la componente "costo del lavoro" conformemente alle predette tabelle e l'amministrazione, dal canto suo, allorché proceda alla verifica di anomalia, dovrà considerare anomale, e perciò escludere dalla gara, le offerte le cui analisi contengano una stima del costo del lavoro inferiore ai valori minimi tabellari.

La disposizione sembra coerente con quanto da tempo costituisce oggetto di discussione in seno all'associazione circa l'opportunità di introdurre criteri che impongano alle imprese la predisposizione di offerte serie, evitando nel contempo il fenomeno del lavoro nero.

Naturalmente la sostanza del problema dipenderà dalle modalità di redazione delle tabelle e dal contenuto di queste, che dovrà risultare coerente con la realtà imprenditoriale delle diverse tipologie di lavori e non penalizzare le imprese, prevedendo valori eccessivamente alti.

b. Obblighi di sicurezza ai fini della qualificazione

Il comma 909, aggiungendo all'art. 87 del codice dei contratti il comma 4 bis, stabilisce che, nell'ambito dei requisiti di qualificazione SOA, siano considerati anche gli adempimenti interni all'azienda, inerenti gli obblighi di sicurezza previsti dalla vigente normativa.

Tale disposizione è conforme alle linee dell'Associazione, mirate a rendere la qualificazione selettiva, sotto il profilo della valutazione dell'effettiva serietà dell'azienda sul fronte della delicata materia della sicurezza.

Al riguardo, tuttavia, non può non evidenziarsi l'infelice scelta del legislatore di collocare tale previsione nell'ambito di una norma, quale l'art. 87 del codice, che in realtà non attiene al tema della qualificazione dei concorrenti alle gare, bensì ai criteri di verifica delle offerte anomale. Tale inserimento, infatti, induce ad una inesatta commistione tra ambiti diversi:

quello attinente alla valutazione della qualificazione, che riguarda il profilo soggettivo dei partecipanti alle gare, e quello relativo alla valutazione dell'offerta, che riguarda invece l'opera da realizzare.

c. Responsabilità solidale del committente/appaltatore per i danni subiti dal lavoratore

Il comma 910, modificando l'art. 7 della legge n. 626/1994, stabilisce che l'imprenditore committente è responsabile in solido con l'appaltatore ed i subappaltatori relativamente ai danni subiti dai dipendenti di questi per la parte che non risulti indennizzata dall'INAIL.

La disposizione richiede due chiarimenti.

In primo luogo, la norma utilizza la locuzione di "imprenditore committente" che, per quanto riguarda il settore dei lavori pubblici, presenta indubbi profili di ambiguità. Infatti, qualora dovesse intendersi nel senso letterale di committente-ente appaltante pubblico, i casi in cui un ente appaltante è da considerarsi soggetto che esercita attività commerciale sarebbero limitati e specifici, come quelli dei concessionari autostradali, aeroportuali, ecc., e in generale delle imprese pubbliche.

Tuttavia, pur trattandosi di definizione non particolarmente felice essa, sulla base del suo tenore letterale, non può che essere intesa nel senso prima detto, nel senso, cioè, che il committente risponde in solido soltanto quando sia anche imprenditore, il che si verifica nei casi in cui svolge attività commerciale, in quanto la sua attività ricada nella definizione dell'art. 2082 del codice civile (generalmente si tratta di s.p.a. o di s.r.l.).

Ne discende, pertanto, che restano fuori dall'obbligo della solidarietà sia l'ente pubblico che non svolge attività commerciale (ministeri, enti locali ed enti pubblici in genere), sia gli appaltatori, relativamente all'attività dei loro subappaltatori, considerato che, *strictu sensu*, i primi non rientrano nella nozione giuridica di committenti.

In secondo luogo, la disposizione va intesa nel senso che il diritto del lavoratore nei confronti del committente ad essere indennizzato scatta qualora l'indennizzo da parte dell'INAIL non copra l'effettivo intero danno da questi subito; in tal caso, il lavoratore potrà rivolgersi per l'ottenimento del risarcimento residuo, in prima istanza, a ciascuno dei due soggetti responsabile in solido ovvero ad entrambi e, in caso di inadempienza di questi, all'autorità giurisdizionale.

Nonostante la generica formulazione della norma, è da ritenere che la responsabilità solidale del committente sorga allorché si accerti che da parte dell'appaltatore o del subappaltatore vi sia stata imperizia o negligenza nel non avere evitato un evento che, con la dovuta attenzione, avrebbe potuto essere prevenuto. Tale condizione, infatti, costituisce il presupposto necessario per avanzare pretese ulteriori di risarcimento nei confronti del responsabile principale-datore di lavoro e quindi anche del responsabile in solido.

d. Responsabilità solidale del committente/appaltatore per i trattamenti retributivi e contributivi

Il comma 911, modificando l'art. 29, comma 2 del d.lgs. n. 276/2003, stabilisce che la responsabilità solidale del committente imprenditore o comunque del datore di lavoro con l'appaltatore e con gli eventuali subappaltatori, in ordine alle retribuzioni e ai contributi previdenziali dovuti ai lavoratori, è estesa da un anno ai due anni successivi alla cessazione dell'appalto.

Si tratta di disposizione che, per il periodo successivo alla realizzazione dei lavori, amplia temporalmente, come si è visto, la responsabilità solidale per i trattamenti retributivi e contributivi dei lavoratori, e che, per il periodo relativo all'esecuzione dei lavori, trova il proprio completamento nella recente disposizione, di cui all'articolo 35, commi 28 e seguenti della legge n. 248/2006 (c.d. decreto Visco - Bersani).

3. Concessioni autostradali

Il comma 1030 ha introdotto alcune modifiche all'art. 2 della legge 24 novembre 2006, n. 286, di conversione del decreto n. 262/2006, in materia di concessioni autostradali.

Si ricorda che la legge n. 286/2006 ha introdotto alcune innovazioni alla disciplina delle suddette concessioni, ed in particolare sotto due profili:

- a) quello economico, prevedendo l'adeguamento della convenzione unica per i concessionari in modo da assicurare:
 - la determinazione del saggio annuo di adeguamento delle tariffe in relazione all'evoluzione del traffico;
 - la destinazione degli extraprofitti derivanti da attività commerciali sui sedimi;
 - il riconoscimento degli adeguamenti tariffari per investimenti, esclusivamente a fronte della realizzazione effettiva degli investimenti stessi
- b) quello giuridico, prevedendo:
 - sanzioni graduate a fronte di inadempimenti imputabili al concessionario anche soltanto a titolo colposo;
 - l'obbligo dei concessionari di agire come "amministrazioni aggiudicatrici" per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture di qualsiasi importo.

Questa precisazione comporta l'applicabilità a tali concessionari delle norme del codice dei contratti riferite ai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici: questi ultimi, in base all'art. 142 comma 3 del codice degli appalti, sono tenuti ad appaltare lavori, servizi e forniture con procedure ad evidenza pubblica e non possono affidare i lavori direttamente alle società controllate.

Al riguardo, deve evidenziarsi l'importanza della disposizione introdotta dal legislatore. Infatti, poiché i concessionari autostradali sono affidatari in via diretta delle concessioni, consentire loro l'affidamento senza gara di lavori a terzi (eventualmente anche a società controllate) avrebbe l'effetto di eludere qualsiasi principio comunitario di tutela della concorrenza.

La legge finanziaria in esame ha modificato quest'ultimo aspetto, sotto due profili, che comunque non alterano per i lavori il principio sostanziale introdotto dalla norma:

1. l'obbligo dei concessionari di agire come "amministrazioni aggiudicatrici" ai sensi del codice, **quanto ai lavori per qualsiasi importo, quanto ai servizi ed alle forniture soltanto per importi superiori alla soglia comunitaria;**
2. qualora il concessionario non aderisca alla convenzione unica proposta dal concedente ovvero presenti una propria controproposta, cui il concedente ritenga di non poter aderire, il rapporto concessorio si estingue, salvo l'eventuale diritto del concessionario ad un indennizzo.