

ANCE

ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI

Commissione Referente per le Opere Pubbliche

14 giugno 2007

***LE PROPOSTE DI MODIFICA DI MAGGIOR RILIEVO
ALL'ATTUALE QUADRO NORMATIVO
DEI LAVORI PUBBLICI***

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

Il presente documento è il frutto del lavoro delle quattro sottocommissioni individuate dalla Commissione Referente Opere Pubbliche nella seduta del 31 gennaio 2007, aventi ad oggetto le tematiche specifiche di seguito indicate.

1. Il Codice dei contratti pubblici e decreti correttivi (pag. 2)
(Coordinatore: Paolo Capelli)

2. I nuovi strumenti di finanziamento privato delle opere pubbliche (pag. 18)
(Coordinatore: Emiliano Cerasi)

3. Criteri di qualificazione delle imprese e questioni attinenti al sistema SOA
(pag. 28) - (Coordinatore: Mario Parolini)

4. L'esecuzione dei lavori ed il contenzioso (pag. 36)
(Coordinatore: Giuseppe Provisiero)

*** **

1. IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E DECRETI CORRETTIVI *(Coordinatore: Paolo Capelli)*

PREMESSA

Il Gruppo di lavoro “Nuovo codice dei contratti pubblici, sua attuazione e decreti correttivi” ha affrontato essenzialmente le modifiche al codice dei contratti pubblici contenute nello schema del 2° decreto correttivo.

Tale provvedimento trae origine dalla disposizione contenuta nella legge comunitaria 2004, che ha previsto la possibilità per il Governo di adottare, entro due anni dalla data di entrata in vigore del nuovo codice dei contratti, disposizioni correttive ed integrative al codice stesso, nel rispetto comunque dei limiti, indicati dalla legge-delega, consistenti nel necessario coordinamento delle disposizioni nazionali con le direttive comunitarie in materia di appalti e della semplificazione e razionalizzazione della disciplina non avente derivazione comunitaria.

Come è noto, subito dopo l’entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, il Governo ha ritenuto opportuno valutare più approfonditamente alcuni nuovi istituti del codice, disponendone la sospensione fino al 31 gennaio 2007, poi prorogata con il 1° decreto correttivo al codice (d. lgs. n. 6/2007) al 31 luglio 2007. Si tratta di istituti del tutto nuovi, quali le centrali di committenza, il dialogo competitivo e l’accordo quadro, ovvero di istituti disciplinati in maniera sostanzialmente diversa rispetto alla legge Merloni, quali l’appalto di progettazione ed esecuzione e la procedura negoziata.

Su tali istituti e su altri aspetti del codice, interviene lo schema del 2° decreto correttivo, prevedendo più in particolare:

1. modifiche attinenti agli istituti la cui disciplina è stata sospesa;
2. modifiche ulteriori, in materia di opere a scomputo, consorzi stabili ed appalti affidati dai concessionari;
3. nuove disposizioni in materia di SOA e vigilanza sui contratti pubblici, nonché di tutela del lavoro.

In aggiunta a tali modificazioni, il gruppo ritiene opportuno avanzare ulteriori proposte di modifica relative ad alcuni aspetti del codice dei contratti, che rivestono particolare interesse per il settore delle costruzioni, quali le cause di esclusione dalle gare, la valutazione dell’anomalia delle offerte per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria e la disciplina in materia di avvalimento.

Si passa, pertanto, di seguito ad esaminare i contenuti principali degli istituti sui quali si ritiene opportuno intervenire, nonché le valutazioni espresse dal gruppo di lavoro unitamente alle proposte di modifica ritenute dallo stesso opportune.

ISTITUTI SOSPESI

CENTRALI DI COMMITTENZA

Considerazioni generali

Si ricorda che il codice (art. 33) stabilisce il divieto per le amministrazioni di delegare le proprie funzioni di ente appaltante di lavori pubblici ad altri soggetti pubblici o privati. Pertanto, in linea di principio, ogni amministrazione deve procedere all'intera gestione dell'appalto di propria competenza (a partire dalla gara e fino al collaudo) con la propria organizzazione.

Tuttavia, la norma sancisce la possibilità di derogare a tale divieto in tre ipotesi. Infatti, è stabilita la possibilità per le amministrazioni di stipulare apposite convenzioni, finalizzate all'affidamento delle funzioni di stazione appaltante, relativamente ad una o più opere, con i SIIT, con le amministrazioni provinciali, nonché con le centrali di committenza. Le prime due deroghe erano già contenute nella previgente legislazione (art. 19, comma 3 legge n. 109/1994); la terza invece ha carattere di novità ed è collegata alla generale ammissibilità delle centrali di committenza, prevista dalle direttive comunitarie.

Relativamente ai lavori, vengono a delinearsi così due forme di centrali di committenza: quelle istituzionalizzate e quelle scelte di volta in volta dall'amministrazione aggiudicatrice, che ritiene di delegare nel caso specifico le sue funzioni di stazione appaltante, sulla base di valutazioni di opportunità, oggetto di specifica motivazione.

Per quanto riguarda le centrali di committenza istituzionalizzate, e cioè quelle istituite per espletare le funzioni di enti appaltanti di tutta una serie di amministrazioni aggiudicatrici, è da ritenere che esse debbano necessariamente essere istituite con provvedimento legislativo (statale o regionale).

Per quanto concerne le centrali di committenza del secondo tipo, si può ritenere che più soggetti pubblici, con propri atti deliberativi, possano dare luogo alla loro istituzione con facoltà di ricorrervi allorché ne abbiano l'esigenza.

Da notare che, in ogni caso, la centrale di committenza, secondo la definizione dell'art. 3, comma 34, deve essere una amministrazione aggiudicatrice, e cioè secondo la definizione dei precedenti commi 25 e 26, o un'amministrazione o un ente pubblico in senso stretto ovvero un organismo di diritto pubblico, e perciò anche una società finanziata in modo maggioritario da soggetti pubblici ovvero rispondente alle altre condizioni stabilite nel predetto comma 26.

Rispetto a tale istituto, la sospensione sembrava presupporre la volontà del Governo di modificare la relativa disciplina, nel senso di limitare la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di affidare le funzioni di ente appaltante di lavori pubblici a centrali di committenza. Tuttavia, lo schema del 2° decreto correttivo non apporta alcuna modifica all'istituto, così come disciplinato dal codice, limitandosi a rinviarne l'entrata in vigore al 1° agosto 2007.

Proposta del gruppo di lavoro

Ora, il gruppo di lavoro ritiene che la possibile adozione indiscriminata ed eccessiva dell'istituto della centrale di committenza presenti significativi margini di preoccupazione, considerato che in un passato non lontano, si è assistito al fenomeno di un ricorso pressoché generalizzato all'affidamento delle funzioni di ente appaltante a società private da parte di numerosissimi soggetti pubblici. Certamente tale prospettiva è preoccupante, ove si consideri che il trasferimento di pubbliche funzioni particolarmente complesse e delicate a terzi dovrebbe costituire l'eccezione motivata da particolari e pressanti esigenze, e non di certo la regola.

La soluzione al problema potrebbe essere nel senso di optare per una scelta che circoscriva il trasferimento delle funzioni in argomento esclusivamente a centrali di committenza istituzionalizzate, e cioè istituite con apposita legge.

Tale soluzione, per un verso, come si è detto, avrebbe la garanzia del preventivo vaglio legislativo e, dall'altro, potrebbe rendere l'istituto della centrale di committenza idoneo a risolvere problemi organizzativi, specie delle amministrazioni di modeste dimensioni, spesso sfornite di adeguati uffici tecnici e amministrativi.

Tali amministrazioni, operanti in un determinato ambito territoriale, potrebbero proficuamente, sulla base di specifica previsione legislativa, attribuire alla centrale di committenza la competenza a gestire l'espletamento della procedura di gara dalla pubblicazione del bando fino all'aggiudicazione dei lavori. Naturalmente, il bando dovrebbe essere redatto dalla centrale di committenza sulla base delle indicazioni tecnico-progettuali fornite dall'amministrazione competente.

APPALTO DI PROGETTAZIONE ED ESECUZIONE

Considerazioni generali

In materia di appalto integrato, la sospensione ha riguardato i commi 2 e 3 dell'art. 53. In particolare, il comma 2, nel descrivere l'oggetto del contratto, prevede alle lettere b) e c) due ipotesi: la prima, nella quale l'aggiudicazione avviene sulla base della progettazione definitiva redatta dall'amministrazione e l'aggiudicatario è obbligato a redigere la progettazione esecutiva e ad eseguire i lavori (c.d. appalto integrato classico); la seconda, nella quale l'aggiudicazione avviene sulla base della progettazione definitiva redatta dal concorrente e l'aggiudicatario, dopo la stipula del contratto e prima dell'avvio dei lavori, resta obbligato a redigere la progettazione esecutiva e ad eseguire i lavori (forma atipica di appalto-concorso, in cui la progettazione esecutiva è oggetto del contratto e non dell'offerta).

Lo schema del 2° decreto correttivo non apporta alcuna modifica alla disciplina risultante dal codice, limitandosi a precisare che la stessa troverà applicazione per le procedure avviate successivamente all'entrata in vigore del regolamento generale.

Proposta del gruppo di lavoro

Con riferimento a tale istituto, il gruppo di lavoro ha evidenziato che, sotto la vigenza della legge Merloni, l'appalto integrato ha dato luogo a situazioni di notevole incertezza e di contenzioso, a causa del fatto che la redazione del progetto esecutivo da parte dell'appaltatore ha costituito spesso l'occasione per sanare carenze, lacune ed errori della progettazione definitiva redatta dall'amministrazione. In altri termini, tali carenze finivano per essere poste a carico dell'appaltatore, pur non essendo quest'ultimo potuto intervenire sulle scelte progettuali di base operate dall'amministrazione con il progetto definitivo.

Pertanto, in tema di appalto integrato classico, che prevede a base di gara il progetto definitivo dell'amministrazione, il gruppo di lavoro ritiene che tale tipo di appalto non possa essere aggiudicato con il criterio del massimo ribasso, bensì esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale soluzione, infatti, consentirebbe al concorrente la possibilità di formulare varianti al progetto definitivo dell'amministrazione già in fase di gara, senza che il progetto esecutivo divenga, come sopra visto, lo strumento per correggere eventuali incongruenze progettuali.

Naturalmente, le varianti potranno riguardare soltanto le parti del progetto indicate dall'amministrazione nel bando di gara, con conseguente assunzione di responsabilità da parte dell'appaltatore limitatamente a tali modifiche progettuali.

A tal fine, l'appalto di progettazione ed esecuzione, di cui all'art. 53, potrebbe essere articolato con due modalità rimesse volta per volta alla scelta dell'amministrazione, e cioè:

- a) messa a base di gara del progetto definitivo dell'amministrazione, ma con possibilità da parte dei concorrenti di apportarvi varianti finalizzate, sia a migliorarlo, sia a sanarne eventuali manchevolezze almeno per la parte soggetta a variazione;
- b) messa a base di gara di un progetto preliminare, con obbligo per le imprese di presentare in sede di gara il definitivo.

Sia nel primo che nel secondo caso il criterio di aggiudicazione dovrà essere, evidentemente, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e l'attività progettuale dei concorrenti (nel primo caso le varianti, nel secondo l'integrale redazione del definitivo) verrà a costituire uno degli elementi di valutazione dell'offerta, unitamente al prezzo e ad eventuali altri elementi (tempo di esecuzione, costi di manutenzione, valore ambientale, ecc.).

PROCEDURA NEGOZIATA

Considerazioni generali

Il nuovo codice ha totalmente sovvertito l'impostazione restrittiva della legge n. 109/1994 in tema di trattativa privata, poiché agli articoli 56 e 57 sono state recepite integralmente le disposizioni comunitarie, che consentono il ricorso alla procedura negoziata in una serie di ipotesi ben definite e di notevole utilità nel settore degli appalti pubblici.

Si ricorda che il codice, in attuazione delle direttive, introduce due forme di procedura negoziata, e cioè quella previa pubblicazione di un bando e quella senza pubblicazione di un bando.

Con riferimento alla prima forma, si evidenzia che la condizione di dover preventivamente pubblicare un bando di gara esclude in radice che la norma possa costituire alterazione della libera concorrenza, visto che chiunque sia in possesso dei requisiti prescritti viene messo nella condizione di concorrere alla procedura.

Al riguardo, il decreto correttivo prevede l'eliminazione dell'ipotesi in cui l'amministrazione, per la particolare natura dei lavori o per imprevisti ad essa non imputabili, non sia in grado di fissare preliminarmente i prezzi da porre a base di appalto. La disciplina dell'istituto, così modificata, dovrebbe trovare applicazione per i bandi pubblicati successivamente al 1° agosto 2007.

In tema di procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, il decreto correttivo prevede l'eliminazione dell'ipotesi dei c.d. lavori analoghi, ossia dei lavori simili a quelli già affidati all'appaltatore originario, fatta eccezione per il caso in cui si tratti di lavori attinenti a beni culturali. La disciplina dell'istituto, così modificata, troverebbe applicazione per le procedure, la cui lettera di invito sia inviata successivamente al 1° agosto 2007.

Proposta del gruppo di lavoro

Quanto alla procedura negoziata previa pubblicazione del bando, il gruppo di lavoro ritiene la modifica contenuta nel decreto correttivo pienamente condivisibile, considerato che l'ipotesi che si vuole sopprimere risulta del tutto marginale e comunque risolvibile mediante il ricorso al dialogo competitivo, che riguarda più in generale le situazioni in cui l'amministrazione non sia oggettivamente in grado di predisporre neppure gli studi di base per la realizzazione di un'opera.

Con riferimento, invece, alla modifica che il decreto intende apportare alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando, il gruppo di lavoro esprime la propria sostanziale contrarietà, auspicandone pertanto l'eliminazione.

Infatti, va ricordato che le disposizioni in tema di procedura negoziata senza pubblicazione di un bando recepiscono pedissequamente le corrispondenti norme comunitarie che non rappresentano certamente una disciplina permissiva, condizionando il ricorso a tale procedura alla presenza di specifici presupposti, da accertare nel concreto. Alterare sostanzialmente la portata della norma determinerebbe una significativa disparità di trattamento tra le imprese operanti in Italia e le imprese operanti nell'Unione europea. Tra l'altro, sotto il vigore della legge n. 109/1994, vi sono state alcune sentenze dei giudici amministrativi che hanno disapplicato la disciplina fortemente restrittiva della trattativa privata prevista dalla legge Merloni, consentendo la diretta applicazione della direttiva comunitaria.

In particolare, la fattispecie dei c.d. lavori simili appare sufficientemente delimitata, considerato che la possibilità dell'ulteriore affidamento deve essere prevista nel bando iniziale, gli ulteriori lavori devono essere già inclusi nel progetto a base di gara e tale affidamento deve intervenire entro tre anni dal contratto originario; per tale via, dunque, è fatta salva la concorrenza, in quanto tutti i partecipanti alla gara originaria vengono posti a conoscenza della possibilità di dover eseguire gli ulteriori lavori del progetto a base di gara.

Pertanto, ad avviso del gruppo, la disposizione di cui all'art. 57 va mantenuta integralmente senza eliminare l'ipotesi dei lavori simili.

DIALOGO COMPETITIVO

Considerazioni generali

La procedura del dialogo competitivo, uno degli istituti maggiormente innovativi del codice (art. 58), è finalizzata al coinvolgimento delle imprese in ipotesi caratterizzate da una particolare complessità, per le quali le amministrazioni non siano in grado di formulare con precisione i termini dell'appalto, né di conoscere le soluzioni tecnico-finanziarie che il mercato è potenzialmente in grado di offrire.

In altri termini l'amministrazione non dispone di studi in merito alla fattibilità dell'opera o addirittura in merito all'identificazione e quantificazione dei propri bisogni e, pertanto, risulta necessario l'apporto creativo e progettuale dei concorrenti.

In estrema sintesi, la procedura in esame si articola in una prima fase di avvio della procedura, nella quale le amministrazioni aggiudicatrici pubblicano il bando di gara, in cui descrivono genericamente le proprie necessità ed obiettivi ed indicano i requisiti di ammissibilità che i concorrenti devono possedere per la partecipazione al dialogo stesso, nonché i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In una seconda fase, concluse le operazioni volte alla selezione dei candidati, le amministrazioni avviano con gli stessi un "dialogo", finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità. E' questa la fase che caratterizza l'intera procedura in esame. Il dialogo prosegue finché le stazioni appaltanti non sono in grado di individuare la soluzione o le soluzioni che possano soddisfare le proprie necessità ed obiettivi.

Dopo aver dichiarato concluso il dialogo, le stazioni appaltanti invitano i candidati a presentare le loro offerte finali in base alla o alle soluzioni prescelte nella fase del dialogo stesso. A conclusione della procedura, le stazioni appaltanti aggiudicano all'offerta economicamente più vantaggiosa.

Infine, individuata l'offerta migliore, le stazioni appaltanti possono attivare una fase di parziale rinegoziazione, chiedendo all'offerente ulteriori chiarimenti e precisazioni, senza modificare gli elementi fondamentali della propria offerta.

Il decreto correttivo non innova sostanzialmente la disciplina del dialogo competitivo, ma si limita a chiarire che il ricorso a tale procedura richiede il preventivo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, fatta eccezione per le opere strategiche, nonché il parere del Consiglio superiore dei beni culturali per i contratti relativi a questo settore. Inoltre, precisa che la disciplina dell'istituto troverà applicazione alle procedure avviate successivamente all'entrata in vigore del regolamento generale di attuazione del codice.

Proposta del gruppo di lavoro

Il gruppo di lavoro ritiene che il dialogo competitivo possa costituire un valido strumento per quelle ipotesi del tutto eccezionali nelle quali, per l'intrinseca complessità tecnica dell'appalto, l'amministrazione si rimette al mercato per l'ideazione di un'opera idonea a soddisfare le finalità che intende perseguire.

Tuttavia, con riferimento ai presupposti necessari per ricorrere all'istituto, il gruppo ritiene che la relativa disciplina abbia un'impostazione prolissa e farraginoso e perciò tale da poter ingenerare dubbi ed equivoci.

Pertanto, sarebbe opportuna una chiarificazione di tali presupposti, nel senso di consentire il ricorso al dialogo competitivo esclusivamente per opere di eccezionale complessità, in ordine alle quali non sia possibile elaborare studi di base univoci e sia invece indispensabile mettere a confronto le iniziative progettuali di più operatori economici, al fine di pervenire alla scelta di una soluzione di base ottimale.

Sotto il profilo procedurale, a parere del gruppo, desta perplessità la possibilità di individuare a seguito del dialogo più soluzioni sulle quali richiedere l'offerta ai concorrenti, perché, per tale via, il confronto concorrenziale risulta disomogeneo e non ancorato ad un parametro di base certo e definito. Infatti, la finalità del dialogo competitivo è proprio quella di procedere ad affiniamenti tali da condurre ad un'unica soluzione ottimale.

Su tali presupposti, il gruppo ritiene pertanto che la possibilità di individuare una pluralità di soluzioni debba essere abrogata.

Altro punto che richiederebbe una precisazione è quello relativo ai livelli progettuali richiesti ai concorrenti in relazione alle diverse fasi del dialogo competitivo. Manca, infatti, una precisa indicazione in questo senso, sia per la fase del dialogo vero e proprio, sia per la fase di presentazione delle offerte.

Tali livelli progettuali dovrebbero essere indicati nella progettazione preliminare per la prima fase, e nella progettazione definitiva ed esecutiva per la fase successiva, in cui il criterio adottato è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Infine, è da osservare che l'autore della soluzione prescelta e posta a base della gara non necessariamente risulterà aggiudicatario. Sarebbe perciò opportuno prevedere a favore dell'autore della soluzione prescelta, non risultato aggiudicatario, la corresponsione di un premio a titolo di remunerazione per l'attività progettuale svolta. Tra l'altro ciò costituirebbe incentivo idoneo a favorire una più ampia partecipazione alla prima fase del dialogo.

ACCORDO QUADRO

Considerazioni generali

L'accordo quadro è un particolare tipo di procedura di gara mirata a selezionare un numero di operatori economici da invitare a partecipare a tutte le gare di una certa tipologia, che l'ente bandirà nell'arco di un determinato periodo di tempo (massimo 4 anni).

Per quanto concerne il settore dei lavori, gli accordi-quadro sono ammessi unicamente per i lavori di manutenzione, nonché per altri lavori, connotati da requisiti di serialità e caratteristiche esecutive standardizzate, che saranno individuati con il regolamento di attuazione.

La disciplina dell'accordo quadro si articola in due fasi: la prima, volta a selezionare, mediante procedura di gara, uno o più operatori che saranno chiamati a presentare offerta con riguardo agli appalti a valle dell'accordo quadro; la seconda fase è finalizzata all'affidamento degli appalti oggetto dell'accordo quadro.

In merito a tale ultima fase della procedura, ove l'accordo sia stato stipulato con un unico contraente, gli appalti basati sul medesimo sono aggiudicati direttamente a tale operatore, chiedendo allo stesso di completare le parti dell'offerta eventualmente non ancora definite.

Ove, invece, l'accordo sia stato stipulato con più operatori vengono previste due diverse ipotesi operative.

Se nell'accordo sono state già stabilite tutte le condizioni di ogni singolo appalto a valle, gli appalti possono essere affidati alle condizioni stabilite, senza nuovo confronto competitivo tra le parti. Per tale eventualità, il codice stabilisce che l'accordo quadro debba contenere l'ordine di priorità tra i vari operatori economici, nonché il criterio di rotazione per l'assegnazione di ogni singolo appalto.

Se, invece, l'accordo quadro non ha fissato tutte le condizioni relative agli appalti da aggiudicare, l'amministrazione è obbligata a rilanciare il confronto competitivo tra i firmatari dell'accordo stesso, al fine di individuare l'offerta migliore sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel capitolato d'onere dell'accordo quadro.

Il decreto correttivo, con riguardo agli appalti di lavori, limita l'applicabilità dell'istituto ai soli lavori di manutenzione, eliminando quindi l'ipotesi dei lavori connotati da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate. Tale disciplina entrerà in vigore a partire dal 1° agosto 2007.

Proposta del gruppo di lavoro

Il gruppo di lavoro ritiene che l'accordo quadro costituisca una procedura fortemente limitativa della concorrenza, considerato che per un periodo di tempo piuttosto consistente alle gare bandite dall'amministrazione possono partecipare solo ed esclusivamente i soggetti selezionati nell'ambito dell'accordo quadro.

Peraltro, pur tendendo il decreto correttivo a circoscrivere l'ambito di applicabilità per i lavori dell'accordo quadro, va comunque evidenziato che i lavori di manutenzione rappresentano una

parte consistente del mercato, soprattutto per le piccole e medie imprese edili, che di conseguenza si troverebbero danneggiate dall'accorpamento dei singoli appalti sottratti al mercato per un rilevante arco temporale.

Su tali presupposti, il gruppo ritiene che il decreto correttivo dovrebbe escludere l'applicabilità dell'accordo quadro per gli appalti di lavori pubblici in generale. A ciò si aggiunga che la direttiva comunitaria prevede l'accordo quadro come istituto a recepimento facoltativo da parte degli Stati membri, e pertanto la modificazione proposta non costituirebbe in alcun modo una violazione del diritto comunitario.

MODIFICHE ULTERIORI CONTENUTE NEL DECRETO

OPERE A SCOMPUTO

Considerazioni generali

Come è noto, il titolare del permesso a costruire un'opera privata può assumere l'obbligo di eseguire opere di urbanizzazione, in luogo del pagamento del contributo dovuto per il rilascio del permesso (c.d. opere a scomputo).

Secondo la giurisprudenza comunitaria, le opere di urbanizzazione costituiscono opere pubbliche a tutti gli effetti, e pertanto dovrebbero essere sottoposte alla relativa disciplina o comunque all'applicazione dei principi generali del Trattato in materia di imparzialità e concorrenza.

Tuttavia, la rigida applicazione di tali principi, nel nostro ordinamento, determinerebbe alcune controindicazioni, perché obbligherebbe sempre e comunque il titolare del permesso a costruire ad appaltare a terzi le opere di urbanizzazione con tutte le disfunzioni in termini logistici, funzionali e temporali, conseguenti la coesistenza di due diverse imprese relativamente alla realizzazione di opere strettamente correlate.

Il nostro legislatore ha, perciò, tentato di contemperare i principi comunitari con le esigenze di snellezza, connaturate alle modalità di realizzazione di opere rientranti nella categoria dell'edilizia privata, stabilendo particolari modalità di esecuzione delle opere a scomputo, a seconda che si tratti di opere di urbanizzazione primaria o secondaria e a seconda che l'importo di queste si collochi al di sotto o al di sopra della soglia comunitaria. Si ricorda che le opere di urbanizzazione primaria sono quelle interconnesse, funzionalmente e fisicamente, all'edificio principale (fognature, rete idrica, parcheggi, strade residenziali etc.), mentre sono secondarie quelle aventi una loro netta autonomia, anche se al servizio dell'assetto urbanistico nel quale l'edificio deve sorgere (asili, scuole, mercati etc.).

Il codice, relativamente alle opere sotto soglia, prevede che il titolare del permesso a costruire abbia la facoltà di eseguire direttamente le opere di urbanizzazione primarie correlate al singolo intervento assentito.

Per quanto concerne, invece, le opere di urbanizzazione primaria e secondaria sopra soglia e quelle secondarie sotto soglia, il legislatore ha previsto, rimettendone la scelta all'amministrazione, la seguente alternativa:

1. l'applicazione del codice, e perciò l'appalto a terzi delle opere di urbanizzazione da parte dell'amministrazione, mediante procedura ad evidenza pubblica;
2. una procedura, modellata sulla falsariga del project financing, in base alla quale il titolare del permesso a costruire assume veste di promotore, elabora la progettazione preliminare delle opere di urbanizzazione ed indice una gara sulla base di questa. Il bando di gara può prevedere un diritto di prelazione del promotore nei confronti dell'aggiudicatario dietro pagamento del 3% del valore dell'appalto.

Il decreto correttivo interviene su tale ultima alternativa, prevedendo che la gara avente ad oggetto il progetto preliminare del promotore debba essere bandita ed effettuata dall'amministrazione e non dal promotore.

Proposta del gruppo di lavoro

A seguito del lavoro svolto dal gruppo, è emersa la necessità di migliorare la disciplina delle opere di urbanizzazione a scapito dei contributi concessori in modo da contemperare i principi comunitari con le esigenze di snellezza connaturate alle modalità di realizzazione dell'edilizia privata.

Si ritiene in particolare che dovrebbe essere sancita la generale possibilità per il titolare del permesso a costruire di eseguire direttamente le opere di urbanizzazione primaria sia sotto soglia che sopra soglia comunitaria.

Infatti, le motivazioni sopra evidenziate che hanno indotto il legislatore a consentire l'esecuzione diretta delle opere primarie sotto soglia, e cioè la loro interconnessione fisica e funzionale con l'intervento di edilizia privata, dovrebbero avere validità anche per le opere primarie sopra soglia.

Peraltro, va ricordato che sono gli stessi principi comunitari, in tema di procedura negoziata, a consentire che all'esecutore dei lavori principali possa essere affidata direttamente l'esecuzione di lavori ulteriori, quando questi siano strettamente interconnessi, sotto il profilo tecnico, materiale e funzionale, con quelli principali.

Applicando tale principio alle opere di urbanizzazione primaria, per le quali la strettissima connessione con le opere oggetto del permesso a costruire è di palese evidenza, ne risulterebbe pienamente legittimata la loro esecuzione da parte del titolare del permesso a costruire a prescindere dal relativo importo.

Sul piano pratico, la soluzione proposta ha il merito di evitare disfunzioni temporali tra la realizzazione delle opere principali e quella delle opere di urbanizzazione necessarie per la loro funzionalità, causa di notevole aggravio di costi per l'impresa di costruzioni.

Fermo restando quanto ora evidenziato circa la necessità di consentire l'esecuzione diretta di tutte le opere primarie, in merito alla modifica contenuta nel decreto correttivo, il gruppo di lavoro evidenzia che, nei casi in cui l'amministrazione scelga di attivare la procedura di gara con promotore, tale gara debba essere gestita dal promotore stesso, sempre al fine di ridurre al minimo il rischio di sfasamento temporale tra la realizzazione dell'intervento principale e quella delle opere di urbanizzazione connesse.

Infine, il gruppo ritiene che si debba approfondire anche la tematica delle opere di urbanizzazione secondaria di importo inferiore alla soglia comunitaria per valutare la possibilità di un loro affidamento diretto all'esecutore dei lavori principali.

CONSORZI STABILI

Considerazioni generali

Il nuovo codice non risolve il problema della partecipazione alla stessa gara del consorzio stabile e dei suoi consorziati. Permane in proposito una contraddizione tra la norma che vieta la partecipazione alla stessa procedura di gara del consorzio e di tutti i suoi consorziati e la norma che vieta la partecipazione esclusivamente ai consorziati per i quali il consorzio concorre e che perciò eseguiranno i lavori.

Il decreto correttivo risolve il contrasto normativo, precisando che il divieto di partecipazione congiunta riguarda soltanto le imprese consorziate che vengono indicate in sede di offerta.

Proposta del gruppo di lavoro

Sul punto, il gruppo non condivide la scelta operata nel decreto, ritenendo che il contrasto normativo vada risolto a favore della soluzione più restrittiva. Sarebbe, pertanto, opportuno vietare la partecipazione anche dei consorziati che non eseguiranno i lavori per conto del consorzio, al fine di prevenire ogni possibile forma di turbativa.

Peraltro, per le medesime motivazioni, nonché per garantire uniformità di trattamento, sarebbe opportuno che il divieto esteso a tutte le imprese consorziate venisse previsto anche per i consorzi di imprese cooperative ed artigiane.

APPALTI AFFIDATI DAI CONCESSIONARI

Considerazioni generali

Il codice dei contratti pubblici (art. 142) prevede che i concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici (e cioè le imprese che cureranno l'esecuzione dei lavori e la successiva gestione dell'opera) allorché intendono fare eseguire lavori a terzi, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, devono attuare procedure di gara ad evidenza pubblica.

Sul punto interviene il decreto correttivo, estendendo tale obbligo anche per l'affidamento a terzi di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Proposta del gruppo di lavoro

Il gruppo ritiene necessario eliminare la modifica contenuta nel decreto.

Infatti, in base all'art. 144 dello stesso Codice, la scelta del concessionario di lavori pubblici avviene a seguito di procedura pubblica concorsuale con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ne consegue che la tutela della concorrenza risulta già assicurata in questa fase, e pertanto il concessionario scelto con gara dovrebbe avere la libertà, al pari di qualsiasi altro appaltatore, di scegliere autonomamente imprese di sua fiducia.

Al contrario, il vincolo che si vuole porre con il decreto correttivo finirebbe per costituire una forte limitazione dell'autonomia imprenditoriale con sensibile accentuazione del rischio di impresa, vuoi per i possibili risvolti contenziosi e le lungaggini connessi alle procedure di gara, vuoi per l'assenza di un rapporto fiduciario tra concessionario e subaffidatario.

Si consideri in proposito che il corrispettivo della concessione è costituito in tutto o in larga parte dai proventi della futura gestione, per cui è interesse primario del concessionario realizzare l'opera nel più breve tempo possibile e ad un livello qualitativamente elevato, in modo da ottimizzare appunto la gestione, e perciò lo sfruttamento economico della stessa.

Infine, sul piano concreto, si deve segnalare che l'obbligo per il concessionario di effettuare gare formali anche per appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria potrebbe avere l'effetto di limitare fortemente l'utilizzazione degli strumenti di finanziamento privato delle opere pubbliche, consistenti nella concessione di costruzione e gestione ordinaria e tramite promotore.

Ovviamente, l'obbligo di effettuare procedure ad evidenza pubblica per appalti di qualsiasi importo dovrebbe essere previsto per i concessionari che abbiano ottenuto la concessione in affidamento diretto e, cioè, senza gara. In tal caso, infatti, poiché la concorrenza non è stata attuata a monte della concessione, è necessario che lo stesso principio trovi esplicitazione a valle, cioè nell'affidamento degli appalti da parte del concessionario.

In tale ultima ipotesi non può neppure essere consentita l'esecuzione dei lavori da parte del concessionario con il sistema c.d. "in house", e cioè tramite le imprese controllate.

NUOVE DISPOSIZIONI CONTENUTE NEL DECRETO

SOA E VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI

In materia di SOA, lo schema di decreto correttivo riconosce espressamente il carattere pubblicistico dell'attività di certificazione e del relativo attestato; introduce, altresì, l'obbligo da parte delle SOA di revocare l'attestazione, qualora l'attestato sia stato rilasciato in carenza dei requisiti di qualificazione ovvero il possesso degli stessi sia successivamente venuto meno; in caso di inerzia della SOA, è prevista la revoca a quest'ultima dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività da parte dell'Autorità (art. 40 del codice).

Proposta del gruppo di lavoro

Al riguardo, va evidenziato che il gruppo non ritiene condivisibile la disposizione che autorizza le SOA a revocare l'attestazione nell'ipotesi in cui i requisiti di qualificazione dell'impresa siano venuti meno.

Infatti, per quanto riguarda i requisiti di ordine speciale, una volta rilasciato l'attestato di qualificazione, questo deve poter essere utilizzato dall'impresa per tutta la durata di validità dello stesso, senza alcuna rilevanza delle variazioni effettive intervenute nei singoli requisiti. L'unico momento di verifica è la c.d. verifica triennale che attiene all'accertamento circa il permanere di alcuni requisiti di carattere strutturale. Per quanto riguarda invece i requisiti di carattere generale, la disciplina vigente prevede la verifica del loro permanere, oltre che in sede di verifica triennale, anche in occasione di ogni singola gara, attraverso il meccanismo delle c.d. cause di esclusione.

Pertanto, si ritiene necessario proporre l'eliminazione della parte della norma del decreto correttivo che fa riferimento al permanere dei requisiti in capo all'impresa.

TUTELA DEL LAVORO

Si ricorda che in materia di tutela del lavoro, lo schema di decreto correttivo precisa che il regolamento generale dovrà includere, nell'ambito dei requisiti soggettivi di qualificazione, la regolarità contributiva documentata attraverso il documento unico di regolarità contributiva (DURC).

Proposta del gruppo di lavoro

Al riguardo, il gruppo evidenzia che tale previsione sembra attribuire al DURC la valenza di unico strumento di comprova del requisito generale e della causa di esclusione della regolarità contributiva.

Ora, occorre ricordare che l'art. 38 comma 1 lettera i) del codice individua come causa di esclusione dalla gara la presenza di irregolarità "gravi" e "definitivamente accertate" in materia di contributi previdenziali ed assistenziali. Al contrario, il DURC documenta qualsiasi situazione di irregolarità contributiva dell'impresa, senza alcuna indicazione circa la tipologia dell'irregolarità, la norma violata etc., e pertanto senza consentire la valutazione della gravità della violazione e tanto meno la definitività o meno dell'accertamento.

Si ritiene, perciò, necessario contrastare l'ampliamento delle irregolarità contributive rilevanti ai fini della qualificazione e della partecipazione alle procedure di gara, mantenendo la rilevanza della situazione come descritta dall'art. 38 del codice.

ULTERIORI PROPOSTE DI MODIFICA AL CODICE

CAUSE DI ESCLUSIONE

Al di là delle previsioni contenute nel decreto correttivo, il gruppo di lavoro auspica fortemente che il Governo, nel provvedimento in corso di esame o in altro successivo, introduca una disciplina completa ed esaustiva in materia di cause di esclusione dagli appalti.

Il codice stabilisce quali sono le fattispecie determinanti l'esclusione dalla gara di un concorrente e prevede che le amministrazioni appaltanti che hanno disposto un'esclusione comunichino il dato all'Osservatorio presso l'Autorità di vigilanza, di modo che qualsiasi ente appaltante sia messo in condizione di individuare le imprese nei cui confronti sussistono appunto cause di esclusione.

Il sistema di norme ora descritto appare però lacunoso, in quanto:

- a.** prevede un automatismo dell'inserimento dei dati nel Casellario, senza attribuire ad un organo la potestà di valutare se quella causa di esclusione sia di gravità tale da comportare l'esclusione dalle gare bandite dagli altri enti appaltanti;
- b.** non è prevista per alcune ipotesi la circostanza che l'avvenuta sanatoria dell'infrazione accertata estingua gli effetti della stessa (es.: l'avvenuta regolarizzazione di un inadempimento fiscale o contributivo);
- c.** a seguito dell'esclusione dalla singola gara, non è prevista, per alcune ipotesi, l'entità, eventualmente tra un minimo ed un massimo, della conseguente sanzione.

Effetto di tale indeterminatezza è che oggi tutte le stazioni appaltanti che procedono ad un'esclusione comunicano il dato al casellario e le altre stazioni appaltanti che indicano gare successivamente non sanno se e per quanto tempo l'esclusione segnalata dovrà determinare l'effetto della sanzione dalle gare successive. A ciò si aggiunga la disomogeneità di comportamenti da parte dei numerosissimi enti appaltanti operanti in Italia, che, in assenza di indicazioni precise, di fatto assumono comportamenti eterogenei, con alterazione della *par condicio*.

Tale singolare situazione potrebbe essere sanata da una disciplina che, per alcune cause di esclusione (es., irregolarità contributive e fiscali), stabilisca che l'avvenuta regolarizzazione determini il non inserimento o la cancellazione dal casellario e, per altre cause (es., false dichiarazioni, negligenza nell'esecuzione del contratto), consenta all'Autorità di valutarne la gravità, dandole il potere di non dare luogo all'inserimento, in ipotesi di lieve entità.

AVVALIMENTO GARA PER GARA

Come è noto, con il rapporto di avvalimento si indicano le modalità con le quali un'impresa (c.d. ausiliata) utilizza le capacità economico-finanziarie, tecnico-organizzative nonché di attestazione SOA di un'altra impresa (c.d. ausiliaria), al fine di soddisfare i requisiti di qualificazione richiesti da un bando di gara, essendogli altrimenti preclusa la partecipazione.

Per quanto concerne la materia specifica dei lavori pubblici, l'avvalimento non può riguardare uno qualsiasi dei requisiti necessari per l'attestazione SOA (esempio: costo per il personale, attrezzature etc.), poiché, vigendo appunto il sistema SOA, sono in ogni caso queste ad attestare a monte la capacità di un'impresa ad assumere appalti pubblici relativamente a certi lavori e fino ad un determinato importo.

Si deve, perciò, ritenere che l'avvalimento determini la messa a disposizione dell'impresa ausiliata dell'intera azienda dell'impresa ausiliaria, intesa come il complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa (art. 2555 c.c.), poiché l'avvalimento stesso concerne la messa a disposizione dell'attestazione SOA.

Tuttavia, nel recepire questo istituto comunitario, il legislatore ha disciplinate due distinte forme di avvalimento: la prima è quella cui l'appaltatore può ricorrere in occasione della singola procedura di gara; la seconda è quella che forma oggetto di attestazione SOA, quella cioè con la quale è la SOA ad attestare l'esistenza dell'avvalimento tra l'impresa ausiliaria e l'impresa ausiliata per tutto il periodo di validità della attestazione SOA.

L'Ance ha ripetutamente chiesto il non recepimento dell'istituto nella forma gara per gara, ritenendo che una corretta interpretazione delle direttive comunitarie potesse condurre al recepimento esclusivo dell'avvalimento in sede di qualificazione SOA.

In particolare, un'interpretazione logico-sistematica induce a ritenere la sostanziale inconciliabilità delle due figure, considerato che l'avvalimento gara per gara ha un senso, allorchè l'accertamento dei requisiti abbia luogo appunto gara per gara ad opera della stazione appaltante che li ha indicati nel bando.

Laddove però il sistema di qualificazione sia, come nel nostro caso, unico per tutti i lavori pubblici, questo dovrebbe assorbire in toto l'accertamento dei requisiti necessari a concorrere, per non creare un doppio regime con evidenti profili di confusione e possibili abusi.

In coerenza con tali argomentazioni, il gruppo ritiene di condividere la forte preoccupazione che l'istituto possa essere oggetto di eventuali abusi e che possa degenerare in forme di elusione delle norme imperative sulla qualificazione degli operatori economici, e pertanto ritiene che sia necessario chiederne l'eliminazione relativamente ai lavori.

*** **

ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE ANOMALE

Infine, il gruppo ritiene di dover riportare all'attenzione della Commissione referente opere pubbliche la tematica dell'esclusione automatica delle offerte anomale.

Il codice, nel caso di appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, rimette alle stazioni appaltanti la scelta tra la possibilità di adotta-

re, per le offerte sospette di anomalia, il sistema della verifica con gli stessi criteri previsti per gli appalti sopra soglia ovvero il sistema dell'esclusione automatica.

Tale soluzione è stata il risultato di un compromesso tra chi voleva eliminare il meccanismo dell'esclusione automatica, ritenendolo non conforme ai principi comunitari ed alle regole della competizione imprenditoriale, e chi voleva invece conservare la previgente disciplina, giustificandola con esigenze di semplificazione delle procedure.

L'esperienza dei primi mesi di vigenza del codice ha dimostrato che, di fatto, pressochè tutte le stazioni appaltanti continuano ad applicare il sistema dell'esclusione automatica; così facendo si finisce per perpetuare l'aspetto patologico legato a tale meccanismo, ossia quello di favorire maggiormente una logica di casualità, piuttosto che una logica realmente imprenditoriale.

Il gruppo ritiene, pertanto, che si debba riaprire su questo tema una discussione nell'ambito dell'Associazione, onde valutare l'opportunità di eventuali proposte di modifica normativa.

2. I NUOVI STRUMENTI DI FINANZIAMENTO PRIVATO DELLE OPERE PUBBLICHE (*Coordinatore: Emiliano Cerasi*)

PREMESSA

La situazione attuale del mercato dei lavori pubblici è condizionata da una serie di fattori congiunturali, quali l'esigenza del rispetto dei parametri comunitari deficit/PIL e le crescenti difficoltà di bilancio delle amministrazioni, che rendono opportuno valorizzare le forme di **finanziamento privato** dei lavori pubblici.

Gli istituti di finanziamento privato dei lavori pubblici possono identificarsi nelle seguenti tre figure:

1. project financing;
2. leasing in costruendo;
3. permuta e altre forme.

PROJECT FINANCING

Considerazioni generali

Una figura analiticamente disciplinata dalla legislazione vigente, che si pone nell'ottica di agevolare la realizzazione di opere attraverso la partecipazione del capitale privato, è quella della c.d. finanza di progetto.

Peraltro, tale figura appare caratterizzata nell'attuale disciplina da molteplici passaggi procedurali, articolati nelle seguenti fasi:

- 1) entro 20 giorni dall'avvenuta approvazione degli atti programmatici, le amministrazioni rendono nota la presenza in tali atti di interventi realizzabili con capitale privato, mediante la pubblicazione di un avviso indicativo, che deve altresì specificare i criteri in base ai quali l'amministrazione procederà alla valutazione comparativa delle proposte ed indicare il diritto di prelazione spettante al promotore;
- 2) a seguito di tale pubblicazione, i soggetti interessati (promotori) possono presentare alle amministrazioni proposte, consistenti essenzialmente in uno studio di fattibilità, un progetto preliminare ed un piano economico-finanziario, entro il 30 giugno di ogni anno prorogato al 31 dicembre, qualora entro la scadenza precedente non siano state presentate proposte per il singolo intervento;

- 3) l'amministrazione valuta le proposte presentate ed individua quelle di pubblico interesse, entro 4 mesi dalla scadenza del termine di ricezione delle proposte;
- 4) entro 3 mesi dalla valutazione della proposta, l'ente appaltante indice una gara sulla base del progetto preliminare del promotore, al fine di individuare le due migliori offerte da porre a confronto con quella del promotore;
- 5) il procedimento si conclude con una negoziazione tra i soggetti che hanno presentato le due migliori offerte ed il promotore, mediante la presentazione di proposte migliorative tra le quali l'amministrazione sceglie quella più vantaggiosa. A conclusione della negoziazione, il promotore, esercitando il diritto di prelazione, può adeguare la propria proposta a quella giudicata più conveniente e risultare, pertanto, aggiudicatario della concessione.

La procedura è, come visto, complessa ed articolata, e meriterebbe pertanto, in un'ottica di revisione legislativa, una semplificazione dei passaggi elencati, allo scopo di ridurre i tempi per l'affidamento della concessione.

Una proposta di snellimento procedurale deve, peraltro, tener conto dei principi, nazionali e comunitari, posti a tutela della concorrenza e dunque prevedere regole e criteri che garantiscano un adeguato confronto concorrenziale tra più operatori interessati alla realizzazione e gestione dell'opera.

In altri termini, si tratta di individuare soluzioni normative che consentano di conciliare l'esigenza di celerità con quelle della trasparenza e concorrenzialità.

Proposta del gruppo

A seguito del lavoro svolto in seno al gruppo, è emersa sia l'esigenza di snellire la procedura esistente, sia l'opportunità di valorizzare le capacità ideative e creative degli imprenditori, che si rendano promotori nei confronti dell'amministrazione di iniziative da questa neppure ipotizzate negli atti programmatori.

Pertanto, si considera necessario differenziare la procedura di scelta del promotore in due diverse tipologie, connesse all'inserimento o meno di un'opera nel programma triennale dell'amministrazione, ed in particolare:

- a. una procedura di gara che metta a confronto le proposte presentate dai promotori, per opere inserite in programma;
- b. una procedura di gara sulla proposta/progetto preliminare del promotore, per opere non originariamente inserite in programma.

a. Soluzione per opere in programma

Nel caso in cui un'opera sia già inserita nel programma triennale, risulta sostanzialmente opportuno, al fine di rendere più agile la procedura di scelta del promotore, superare la separazione

tra la fase di valutazione delle proposte e la fase di gara sulla proposta ritenuta migliore dall'amministrazione, sostituendo questa duplicazione con un'unica gara che si svolga direttamente sulle proposte dei promotori, che pertanto vengono messe a confronto dall'amministrazione in base ai criteri indicati nell'avviso.

Al riguardo, si propone la seguente impostazione:

- l'amministrazione, nelle stesse forme previste per i bandi di gara, pubblica un avviso indicativo, con il quale invita i promotori a presentare le proprie proposte in ordine all'intervento da attuare con il finanziamento privato;
- l'avviso deve essere accompagnato da un documento redatto dall'amministrazione, che sia sufficientemente descrittivo dell'opera da realizzare e del servizio da gestire, in modo tale che risultino individuati i bisogni e le esigenze da soddisfare tramite l'intervento nel suo complesso; nell'avviso dovranno poi essere indicati i requisiti di qualificazione richiesti al promotore, nonché i criteri di valutazione della proposta, assegnando ad essi il relativo peso;
- entro un congruo periodo dalla pubblicazione dell'avviso indicativo (ad esempio, tre mesi), i promotori devono presentare le loro proposte contenenti lo studio di inquadramento territoriale ed ambientale, lo studio di fattibilità, il progetto preliminare, la bozza di convenzione, il piano economico finanziario, asseverato dai soggetti abilitati, nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;
- l'amministrazione, sulla base dei criteri indicati nell'avviso, sceglie la proposta migliore ed individua il promotore-aggiudicatario della concessione. In conformità alla disciplina ordinaria delle gare, le proposte presentate devono ritenersi vincolanti per un termine di 180 giorni, scaduti i quali, senza che l'amministrazione abbia proceduto all'aggiudicazione, il promotore può scegliere se mantenere la proposta ovvero svincolarsi con il conseguente diritto al rimborso delle spese progettuali sostenute;
- nell'ipotesi in cui pervenga un'unica proposta, l'amministrazione può aggiudicare la concessione al singolo promotore, sempre che la proposta sia ritenuta di pubblico interesse e corrispondente ai livelli minimi qualitativi indicati nell'avviso;
- a seguito della stipulazione della convenzione, il concessionario deve predisporre il progetto definitivo ed esecutivo, realizzare i lavori e successivamente gestire l'opera per il tempo concordato, in modo da rientrare del finanziamento anticipato.

Con la procedura descritta, si realizzerebbero i seguenti vantaggi:

1. massimo livello di snellimento procedurale, data la riduzione dell'iter ad un'unica fase;
2. pieno rispetto dei principi comunitari di pubblicità, trasparenza e *par condicio* tra i concorrenti, in quanto:
 - attraverso l'avviso indicativo, l'amministrazione rende manifesto, da subito, al mercato il bisogno di ricevere proposte su interventi da realizzare con finanziamento privato ed indica i requisiti soggettivi ed i criteri di valutazione delle proposte con i relativi pesi;

- il confronto concorrenziale avviene immediatamente sulle proposte presentate dai promotori. Nell'ipotesi di presentazione di un'unica proposta, l'aggiudicazione al promotore è resa possibile dall'esistenza a monte di una procedura di gara pienamente attuativa della concorrenza e dalla valutazione in concreto effettuata dall'amministrazione sulla proposta stessa;
3. eliminazione del diritto di prelazione del promotore, in quanto la gara si svolge mettendo a confronto sin dall'inizio le diverse proposte dei promotori e pertanto non trova spazio la distinzione prevista dalla disciplina vigente tra il promotore e gli altri concorrenti. Peraltro, tale eliminazione risolve in radice le censure sollevate su tale istituto a livello comunitario.

b. Soluzione per opere non inserite in programma

Come sopra visto, la previsione di una procedura di scelta del promotore in aggiunta a quella ora descritta, trae origine dall'opportunità di dare spazio all'iniziativa autonoma degli imprenditori, a prescindere dall'indicazione di un'opera nel programma triennale.

Attualmente, il codice dei contratti pubblici consente la possibilità di presentare proposte di interventi non ancora contemplati dall'amministrazione, purché ciò avvenga nell'ambito della fase di programmazione. È tuttavia emersa l'esigenza di ampliare tale possibilità, consentendo la presentazione di proposte in qualsiasi momento e rimettendo poi all'amministrazione, che valuti favorevolmente la proposta, l'onere di inserirla nel programma triennale mediante aggiornamento dello stesso.

La procedura dovrebbe svolgersi con i seguenti passaggi:

- presentazione della proposta ideata dal promotore, accompagnata dallo studio di inquadramento territoriale ed ambientale, lo studio di fattibilità, il progetto preliminare, la bozza di convenzione, il piano economico finanziario, asseverato dai soggetti abilitati, nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;
- valutazione della proposta da parte dell'amministrazione secondo criteri che dovranno essere indicati dalla legge, in analogia con quelli attualmente previsti dal codice per la medesima fase, con possibilità per l'amministrazione di richiedere eventuali modifiche per rendere l'opera maggiormente rispondente ai propri bisogni;
- in caso di esito favorevole della valutazione, aggiornamento del programma triennale con l'inserimento dell'intervento proposto;
- indizione di una procedura di gara, a base della quale verrà posto il progetto preliminare presentato dal promotore, con la richiesta ai concorrenti di formulare un'offerta tecnica ed economica da valutare secondo i criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- quanto ai criteri di valutazione dell'offerta, riconoscimento al promotore di una premialità in termini di punteggio, in ragione dell'apporto ideativo da esso fornito; tale premialità

dovrà essere specificatamente indicata nel bando e andrà determinata senza che ne possa derivare automaticamente l'aggiudicazione della concessione al promotore;

- qualora non pervenga alcuna offerta in sede di gara, previsione della possibilità per l'amministrazione di procedere comunque all'aggiudicazione in favore del promotore;
- a seguito della stipulazione della convenzione, il concessionario deve predisporre il progetto definitivo ed esecutivo, realizzare i lavori e successivamente gestire l'opera per il tempo concordato, in modo da rientrare del finanziamento anticipato.

La procedura descritta avrebbe il merito di assicurare alcuni profili positivi:

1. come già visto, valorizzazione dell'iniziativa e della creatività imprenditoriale;
2. previsione di una procedura sostanzialmente agile, pur nel rispetto dei principi comunitari in materia di tutela della concorrenza;
3. riconoscimento di una posizione differenziata al promotore, attraverso l'elemento di premialità attribuito in sede di aggiudicazione della concessione, che può costituire adeguato stimolo alla formulazione di iniziative da parte dei privati, senza presentare gli effetti negativi del diritto di prelazione, che di fatto finisce per scoraggiare in concreto la concorrenza.

LEASING IN COSTRUENDO

Considerazioni generali

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.

È 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.

La regolamentazione dell'istituto, introdotta dalla legge finanziaria, concerne esclusivamente la fase della gara, prevedendo che il bando debba 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.

Quanto ai soggetti ammessi a partecipare alle gare per l'affidamento del leasing in costruendo, il legislatore afferma che soggetto partecipante "può essere anche un'associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore" ovvero un contraente generale.

Tale dizione, che prevede l'associazione temporanea tra tali soggetti come una mera facoltà, induce a ritenere che alla gara possano partecipare anche soltanto soggetti finanziatori, che poi a valle sceglieranno il soggetto realizzatore dell'opera. Tale disposizione ha sin dall'inizio suscitato notevoli perplessità tra i costruttori, in quanto, ove si consentisse la partecipazione alla gara dei soli soggetti finanziatori, si finirebbe, nella sostanza, per affidare un lavoro pubblico ad un soggetto che svolge attività del tutto eterogenea rispetto all'oggetto del contratto.

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.

È 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.

Proposta del gruppo di lavoro

A seguito del lavoro svolto dal gruppo, è emersa innanzitutto l'esigenza di apportare alcune significative modifiche alla disciplina introdotta dalla legge finanziaria.

In primo luogo, è necessario, ai fini del riconoscimento della finalità sostanziale dell'istituto e del ruolo essenziale svolto dal costruttore, prevedere che l'associazione temporanea composta dal soggetto costruttore e dal soggetto finanziatore debba essere l'unica forma possibile di partecipazione a questa tipologia di gara.

Infatti, 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, che è quella della realizzazione di un'opera pubblica. In tale ottica, soltanto la partecipazione diretta dell'impresa costruttrice in sede di gara può risultare coerente con tale finalità del leasing in costruendo.

Questa posizione del gruppo è diretta ad escludere in toto 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.

In secondo luogo, sempre con riferimento ai soggetti ammessi a partecipare alla gara, sarebbe opportuno specificare che la possibilità di utilizzare il contraente generale ai fini delle operazioni di leasing debba essere limitato alle sole opere strategiche.

In aggiunta alle modifiche sopra evidenziate, la disciplina del leasing in costruendo necessita di alcune importanti integrazioni, stante l'incompletezza delle norme introdotte dalla legge finanziaria.

In particolare, un primo problema attiene alla configurazione giuridica da attribuire ai rapporti intercorrenti tra il soggetto finanziatore-locatore, l'ente committente-locatario e l'impresa di costruzione-realizzatrice dei lavori. Infatti, nel leasing finanziario tradizionale, il soggetto finanziatore, su incarico del soggetto locatario, commissiona ad un terzo produttore la realizzazione di un bene, pagando a questi il relativo corrispettivo, e concede il bene realizzato in godimento al locatario, che provvede a pagare i canoni di locazione fino all'eventuale riscatto della proprietà.

Tale strutturazione appare difficilmente adattabile alla complessità dei rapporti inerenti alla realizzazione di un'opera pubblica, in considerazione del fatto che la stazione appaltante ricopre un ruolo particolarmente delicato, non di semplice utilizzatore/locatario, ma di soggetto garante del perseguimento dell'interesse pubblico.

Pertanto, anche in coerenza con l'auspicata previsione dell'ATI obbligatoria, è opportuno strutturare, dal punto di vista giuridico e sostanziale, la fattispecie del leasing in costruendo come un rapporto contrattuale di tipo trilaterale, nell'ambito del quale vengano specificate le obbligazioni e responsabilità poste a carico dei singoli soggetti.

Un altro aspetto da affrontare è quello relativo alla necessità, in coerenza all'istituto del leasing, di prevedere in capo al finanziatore un diritto di superficie sull'immobile in costruzione, in modo da consentire a tale soggetto di mantenere la proprietà dell'opera, fintanto che non vengano pagati tutti i canoni di leasing.

Per quanto riguarda la conseguente posizione dell'amministrazione, questa durante la fase di esecuzione dei lavori dovrà provvedere al pagamento degli oneri di prelocazione. Il pagamento effettivo dei canoni di locazione avrà inizio a seguito del collaudo dell'opera. Solo dopo il pagamento dell'ultimo canone di locazione e l'esercizio del conseguente riscatto, la proprietà della stessa sarà trasferita in capo all'amministrazione. Tuttavia, a seguito del certificato di collaudo, l'opera dovrà comunque essere messa a disposizione dell'amministrazione, che la utilizzerà secondo la finalità cui è destinata.

Un ultimo profilo problematico attiene alla fase dell'esecuzione dei lavori, che non ha ricevuto alcuna disciplina dalla legge finanziaria, pur essendo evidenti le peculiarità derivanti dall'esistenza del rapporto intercorrente tra i tre soggetti (il soggetto pubblico, la società di leasing, l'appaltatore).

In tale fase risulta essenziale garantire il diretto controllo da parte dell'amministrazione committente sull'esecuzione dei lavori, tramite la direzione dei lavori, la tenuta della contabilità, l'emissione degli stati di avanzamento dei lavori, l'effettuazione del collaudo, la risoluzione delle riserve inerenti il progetto.

Tali fattispecie dovrebbero ricevere puntuale disciplina, nel senso che ad esse dovrebbero continuare ad applicarsi *in toto* le regole sugli appalti pubblici, con alcune particolarità che tengano conto della scissione tra ente finanziatore ed ente committente, quali ad esempio:

- per i pagamenti da parte della società di leasing all'appaltatore, questi dovrebbero di volta in volta essere autorizzati dal soggetto appaltante, a seguito dell'emissione del relativo certificato di pagamento, con conseguente esonero della società di leasing da qualsiasi responsabilità;
- in caso di varianti che comportino aumenti del corrispettivo di appalto, queste debbono essere autorizzate dall'amministrazione in conformità alla normativa sui lavori pubblici, affinché la società di leasing effettui il relativo pagamento, provvedendo poi a rideterminare i canoni di locazione dovuti dall'amministrazione;
- dopo il collaudo, nel periodo di durata della locazione finanziaria, i rapporti dovranno intercorrere unicamente tra l'ente pubblico e la società di leasing, con conseguente uscita dal rapporto contrattuale dell'impresa di costruzioni.

PERMUTA

Considerazioni generali

L'istituto della permuta è attualmente previsto dall'art. 53, commi 6 e ss. del codice, il quale riconosce la possibilità per l'amministrazione di prevedere, in sostituzione totale o parziale del corrispettivo di appalto, il trasferimento all'appaltatore della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione stessa, che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico.

Nella disciplina del codice si possono individuare due situazioni diverse:

1. l'ipotesi in cui l'amministrazione abbia la disponibilità finanziaria per l'esecuzione dei lavori, ma preveda comunque come corrispettivo totale o parziale il trasferimento dell'immobile; in questo caso spetta all'offerente stabilire l'interesse per l'immobile e conseguentemente proporre un'offerta sia sull'immobile che sull'esecuzione dei lavori ovvero solo sull'esecuzione dei lavori;
2. l'ipotesi in cui l'amministrazione non abbia la disponibilità finanziaria per eseguire i lavori e pertanto indichi come unico corrispettivo il trasferimento dell'immobile. In questo caso, l'offerente non può che formulare un'offerta relativa sia al prezzo dell'immobile sia all'esecuzione dei lavori.

Inoltre, il codice prevede che il trasferimento della proprietà dell'immobile all'appaltatore sia successivo all'emissione del certificato di collaudo; tuttavia l'immissione in possesso può avvenire anche in un momento anteriore, qualora il bando contenga tale previsione.

Le due fattispecie previste dalla norma hanno trovato nella pratica scarsa applicazione. E ciò per due ordini di motivazioni.

L'ipotesi sub 1, che consente la possibilità di proporre offerte solo sull'esecuzione dei lavori, presuppone in ogni caso che la amministrazione disponga del finanziamento per la realizzazio-

ne dei lavori e dunque non si presenta idonea a risolvere i problemi di carenza di fondi in bilancio.

La seconda ipotesi prevista dalla norma comporta un notevole onere a carico dell'impresa, che non può disporre della proprietà del bene fino al momento dell'approvazione del collaudo e dunque può vedere in caso di ritardo nell'effettuazione del collaudo, notevolmente ritardato anche il momento dell'acquisizione di quota parte del corrispettivo. Ciò ha scoraggiato l'utilizzazione dello strumento.

Proposta del gruppo di lavoro

Rispetto all'attuale impostazione della disciplina, il gruppo ha evidenziato l'esigenza di eliminare le due fattispecie sopra descritte e di sostituirle con un'altra forma di permuta che nella pratica si è rivelata particolarmente utile per le amministrazioni e apprezzata dagli imprenditori.

Si tratta, in particolare, di introdurre un sistema di aggiudicazione nel quale l'amministrazione offra come corrispettivo della realizzazione di lavori pubblici, in parte la proprietà di un bene, il cui valore sia fisso e non oggetto di offerta, ed in parte un prezzo di appalto oggetto di ribasso.

Questo sistema può riguardare o la mera cessione dell'immobile ovvero la cessione dell'immobile accompagnata dall'assunzione del diritto-obbligo da parte dell'aggiudicatario a realizzare interventi predeterminati dall'amministrazione ed aventi valore di mercato (c.d. diritti edificatori). A titolo di esempio, si può pensare ad un Comune che voglia effettuare un intervento di riqualificazione urbana, in parte realizzando o ripristinando opere pubbliche (strade, parchi, immobili di edilizia residenziale pubblica) ed in parte consentendo al privato di realizzare interventi suscettibili di valore commerciale da immettere sul mercato (immobili residenziali, impianti sportivi, centri commerciali, alberghi).

Per entrambe le tipologie di permuta, il gruppo ritiene opportuno che l'amministrazione provveda ad individuare, prima dell'indizione della gara, la destinazione d'uso dell'immobile, eventualmente apportando le necessarie variazioni agli strumenti urbanistici, con la chiara stima del valore dell'immobile e dell'intervento nel suo complesso. Ciò risponde all'esigenza di attribuire certezza a quelle situazioni in cui l'immobile trasferito necessita di variazioni nella destinazione d'uso al fine di attribuire all'operazione un effettivo valore commerciale.

Infine, una questione da affrontare è quella relativa al momento del trasferimento in proprietà del bene dato in permuta. Naturalmente tale termine dovrebbe coincidere, come regola generale, con il momento dell'emissione del certificato di collaudo provvisorio; tuttavia, occorre ipotizzare sia l'ipotesi in cui l'appaltatore abbia interesse ad anticipare l'acquisizione in proprietà dell'immobile rispetto al momento del collaudo, sia l'ipotesi in cui l'amministrazione non effettui il collaudo e pertanto decorra inutilmente il termine previsto dal legislatore. In tale ultimo caso occorre prevedere una tutela per l'appaltatore tenuto conto che la proprietà dell'immobile costituisce per quest'ultimo parte del corrispettivo di lavori già realizzati.

Al riguardo si ritiene necessario che, all'atto della stipula del contratto di appalto, sia sottoscritto tra l'amministrazione e l'appaltatore un contratto preliminare di cessione dell'immobile, nel quale si prevedano le seguenti possibilità:

- 1) il contratto definitivo di cessione dell'immobile dovrà essere sottoscritto immediatamente dopo l'emissione del certificato di collaudo provvisorio.
- 2) in alternativa, l'appaltatore può chiedere di addivenire alla stipula del contratto definitivo prima del collaudo provvisorio dietro presentazione di apposita garanzia fideiussoria, inizialmente di importo pari alla stima dell'immobile e poi da svincolarsi progressivamente in relazione all'avanzamento dei lavori.
- 3) in caso di inutile decorso del termine di legge per l'effettuazione del collaudo (6 mesi dall'ultimazione dei lavori), il contratto definitivo di cessione dell'immobile dovrà comunque essere sottoscritto entro i successivi due mesi, non potendo l'amministrazione trattenere l'immobile che è parte essenziale del corrispettivo d'appalto, per proprie inadempienze.

Nelle tre ipotesi viste, qualora l'amministrazione non ottemperi all'obbligo di concludere il contratto definitivo, l'appaltatore potrà chiedere l'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre mediante sentenza che produca l'effetto del trasferimento della proprietà (art. 2932 cc.).

3. CRITERI DI QUALIFICAZIONE DELLE IMPRESE E QUESTIONI ATTINENTI AL SISTEMA SOA (*Coordinatore: Mario Parolini*)

PREMESSA

Per quanto concerne il sistema di qualificazione delle imprese, attualmente disciplinato dal D.P.R. n. 34/2000, si rileva che, nel corso della sua applicazione, si sono evidenziati alcuni aspetti critici.

A tali problemi si potrebbe porre rimedio con le seguenti modifiche normative, da apportare allo schema di Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici.

IL SISTEMA DELLE SOA

Una prima questione attiene **alla disomogeneità dei criteri in base ai quali le SOA** procedono al rilascio delle attestazioni. Ciò è da attribuire essenzialmente alla **eccessiva frammentazione territoriale delle SOA ed alla mancanza di relativo coordinamento tra le stesse**.

Per arginare tale situazione, si potrebbe ipotizzare **la riduzione del numero delle SOA, anche tramite un loro accorpamento**.

A tal fine, le misure proposte sono sintetizzabili come segue.

Capitale sociale delle SOA e patrimonio netto

Si dovrebbe elevare il capitale sociale delle SOA – attualmente fissato in 1.000.000 di euro dall'art. 62 dello schema di Regolamento in esame – ad almeno 2.582.000 di euro.

Inoltre, si potrebbe prevedere di inserire un ulteriore requisito finanziario, individuabile nel possesso di un **patrimonio netto pari ad 1.000.000 di euro, da elevare a 2.500.000 di euro nel 2010**.

Entrambi tali requisiti, invero, dovrebbero assicurare la permanenza sul mercato a soggetti maggiormente strutturati ed affidabili sotto il profilo patrimoniale, e dunque più idonei a garantire lo svolgimento di un'attività, quale è quella di attestazione, di fondamentale importanza per il comparto delle imprese operanti nei lavori pubblici.

L'obbligo di certificazione del bilancio

Sarebbe opportuno introdurre – al pari di quanto già previsto, ad esempio, per le società quotate in borsa – **l'obbligo di certificazione del bilancio delle SOA**, al fine di attestarne l'attendibilità.

bilità, da effettuarsi sulla base dei principi contabili e di revisione generalmente riconosciuti come validi e corretti.

Tale modifica, strettamente connessa a quella illustrata al punto precedente, è volta ad introdurre una ulteriore garanzia in ordine al controllo circa l'effettiva presenza dei requisiti economici e finanziari richiesti alle società di attestazione.

Indice di congruità

Si potrebbe stabilire un **indice di congruità** per l'attività delle SOA, consistente nell'individuazione di un numero minimo di attestazioni - da rilasciare annualmente - sufficiente a garantire la "sopravvivenza" di una SOA.

La proposta tende ad assicurare che le SOA risultino dotate di un'organizzazione aziendale adeguata e proporzionata rispetto al proprio fatturato che, come è noto, deriva unicamente dallo svolgimento dell'attività di attestazione. Ciò al fine di evitare fenomeni di concorrenza sleale.

Trasformazione delle SOA in concessionarie di pubblico servizio

In prospettiva, si potrebbe ipotizzare la **trasformazione delle SOA in concessionarie di pubblico servizio**, la cui individuazione dovrebbe avvenire, nell'arco di un quinquennio, attraverso una pubblica gara, con la possibilità di revoca della concessione in caso di reiterati riscontri negativi.

Tale innovazione è volta a **responsabilizzare maggiormente le SOA nell'esercizio delle loro funzioni**.

In proposito, va ricordato che un primo passo, in questa direzione, è stato già compiuto dal Consiglio di Stato che, con la sentenza n. 991/04, ha ritenuto che le SOA, ancorché organismi privati, svolgono una funzione pubblicistica di certificazione con valore di atto pubblico.

Peraltro, la procedura di gara per l'affidamento della concessione consentirebbe di selezionare gli operatori in numero congruo, individuandoli tra quelli maggiormente qualificati per lo svolgimento di tale fondamentale attività.

Sanzioni nei confronti delle SOA

Appare necessario **inasprire le sanzioni** nei confronti delle SOA, laddove si accerti che abbiano esercitato l'attività di attestazione in modo non conforme a quanto previsto dalla normativa.

Pertanto, in aggiunta all'ipotesi di revoca dell'autorizzazione (art. 65 dello schema di Regolamento), si dovrebbe prevedere anche quella di una **temporanea sospensione** dell'attività di attestazione (sei mesi) quando la violazione commessa dalla SOA non sia talmente grave da comportare la predetta revoca.

Durante il periodo di sospensione dell'attività, alle SOA dovrebbe essere unicamente consentito di portare a compimento i procedimenti di attestazione in corso, conseguenti a contratti conclusi antecedentemente all'adozione del provvedimento di sospensione.

Peraltro, si dovrebbe inasprire l'ammontare delle sanzioni pecuniarie, introdotte dall'art. 72 dello schema di Regolamento.

I REQUISITI DI QUALIFICAZIONE

L'attuale regime concernente i requisiti di qualificazione presenta due evidenti criticità: la prima sta nel fatto che il ruolo giocato dalla cifra d'affari in lavori ha assunto un rilievo eccessivo, tale da causare una esasperata rincorsa ad acquisire commesse, con il risultato di incentivare la concorrenza al ribasso; la seconda risiede nella circostanza che non vengono premiate adeguatamente le imprese più "solide".

Per correggere tale situazione, si potrebbero ipotizzare i seguenti rimedi:

Requisito del fatturato

Sarebbe opportuno prevedere, come requisito minimo per la qualificazione, una determinata percentuale di patrimonio netto, quantificabile nel 5% della cifra d'affari media annua, riconoscendo un incremento premiale, in termini di fatturato, alle imprese in possesso di una percentuale superiore a tale minimo.

Ciò consentirebbe di ridimensionare l'incidenza del fatturato, a favore di elementi maggiormente significativi della affidabilità dell'impresa.

Incremento convenzionale premiante

Sarebbe necessario prevedere che l'applicazione dell'incremento convenzionale premiante (di cui all'articolo 79 dello schema di Regolamento) venisse consentita non soltanto ai fini della qualificazione SOA, ma anche per incrementare la cifra d'affari necessaria per la partecipazione alle gare d'importo superiore ai 20.658.276 di euro.

Per rendere possibile tale incremento, si potrebbero ipotizzare due alternative: far coincidere il quinquennio di riferimento, per il calcolo della cifra d'affari e per l'applicazione del beneficio, con quello antecedente al contratto con la SOA; ovvero, rimettere alle SOA il compito di accertare ogni anno i requisiti per l'applicazione del beneficio premiale, indicando poi sull'attestazione SOA l'importo della cifra d'affari incrementato con l'applicazione del beneficio.

Sistema premiale per la partecipazione alle gare

Si potrebbe prevedere che, in presenza di un **patrimonio netto superiore al 5% della cifra d'affari media annua, nonché di un costo del personale e del valore delle attrezzature su-**

periori ai minimi richiesti, scatti un sistema premiale, che abiliti l'impresa a partecipare a gare per una fascia di lavori di importo superiore a quella consentita dalla qualificazione posseduta.

La verifica di tali requisiti premiali dovrebbe essere effettuata in sede di qualificazione, tramite le SOA, in modo tale che l'attestazione, oltre a riportare la classifica conseguita in base ai requisiti minimi, indichi altresì il coefficiente premiale di cui gode l'impresa.

La permanenza dei requisiti premiali, peraltro, dovrebbe essere soggetta ad una verifica triennale da effettuarsi insieme a quella prevista dall'art. 75 dello schema di Regolamento.

Secondo tale sistema, ad esempio, nell'ipotesi di una gara per l'affidamento di un lavoro d'importo pari a 700.000 euro, in cui venga richiesto al concorrente il possesso della III classifica di qualificazione (fino ad euro 1.032.000 euro), potrebbe partecipare anche un'impresa che, benché qualificata nella II classifica (fino ad euro 516.457), usufruendo del coefficiente premiale in questione (che elevi, ad esempio, del 40% la II classifica posseduta, vale a dire di un ammontare pari ad euro 206.582) arriverebbe ugualmente a "coprire" l'importo dei lavori a base d'asta (infatti, $516.417 + 206.582 = 723.039$ euro).

Periodo di validità dell'attestazione

Si dovrebbe allungare il periodo di validità dell'attestazione SOA (art. 74 dello schema di Regolamento), portandolo **dagli attuali 5 anni a 9 anni**, con verifica intermedia triennale dei requisiti di ordine generale nonché di quelli di capacità strutturale, di cui all'art. 75 dello schema di Regolamento.

La modifica, ove introdotta, consentirebbe di arginare i fenomeni distorsivi determinati dal peso eccessivamente rilevante ricoperto dalla cifra d'affari in lavori che, come è noto, è alla base della patologica rincorsa all'acquisizione di commesse e pertanto dei ribassi anomali.

Adeguate dotazione di attrezzature tecniche e di organico

Sarebbe opportuno differenziare la percentuale d'incidenza delle attrezzature tecniche a seconda delle categorie di qualificazione.

Ciò garantirebbe una più adeguata proporzionalità dei fattori di produzione rispetto al settore di attività svolto dall'impresa.

Analogamente, con esclusivo riferimento ad alcune categorie di lavorazioni altamente specializzate, occorrerebbe valorizzare il requisito concernente l'organico, prevedendo che, per tali lavorazioni, **la percentuale d'incidenza delle maestranze qualificate possa essere elevata oltre gli attuali livelli.**

Tale modifica, peraltro, appare in linea con la più recente evoluzione legislativa che, sia pure per altri fini (regolarità contributiva) ha introdotto il principio della differenziazione dell'incidenza della manodopera in funzione della tipologia delle lavorazioni.

Attrezzatura a noleggio

Occorrerebbe attribuire maggior peso all'elemento rappresentato **dall'attrezzatura a noleggio, consentendo che esso incida fino al 75% del requisito richiesto** (art. 78, comma 8, dello schema di Regolamento).

La modifica proposta consentirebbe alle imprese di impegnare le risorse finanziarie per dotarsi di attrezzature in funzione delle commesse acquisite, garantendo così l'utilizzazione di attrezzature adeguate al lavoro da realizzare e tecnologicamente aggiornate.

Classifiche di qualificazione

Appare necessario inserire, oltre alle due nuove classifiche introdotte dall'art. 58 dello schema di Regolamento (vale a dire la classifica IIIbis e IVbis) anche la classifica **Vbis, fino ad 7.500.000 di euro**.

Al contempo, sarebbe opportuno che gli **importi delle classifiche venissero adeguatamente arrotondati** (portando, ad esempio, la I classifica dagli attuali 258.228 euro a 260.000 euro).

Qualificazione tramite lavori realizzati "in house"

Un fenomeno di forte turbativa del mercato è rappresentato dal conseguimento della qualificazione da parte di società anche a partecipazione pubblica attraverso **lavori realizzati "in house"**.

Tale circostanza determina una situazione di concorrenza sleale, ai fini della partecipazione alle gare, dal momento che questi soggetti sono stati qualificati attraverso lavori acquisiti non confrontandosi sul mercato, ma in virtù di una posizione dominante.

Occorre, pertanto, **escludere tali lavori dal novero di quelli che contribuiscono alla qualificazione**, stabilendo che assumano rilievo a tal fine esclusivamente i lavori eseguiti su commissione di un soggetto (pubblico o privato) o quelli eseguiti in conto proprio che siano destinati ad essere ceduti a terzi sul mercato.

Periodo di attività documentabile per la qualificazione e requisiti reputazionali

Il periodo di attività documentabile utile per la qualificazione dovrebbe essere esteso ai migliori 5 anni del decennio antecedente il contratto con la SOA (art. 82 dello schema di Regolamento).

Ciò, peraltro, dovrebbe riguardare tutte le tipologie di lavori e tutti i requisiti, di natura tanto finanziaria, quanto tecnico-organizzativa.

Con l'innovazione proposta si prende atto del fatto che l'attuale periodo di riferimento si è dimostrato eccessivamente ristretto in relazione al mercato dei lavori pubblici, e tale da favorire fenomeni di distorsione del settore, quale quello dei ribassi anomali, finalizzati ad acquisire il maggior numero possibile di commesse per garantirsi i requisiti necessari alla qualificazione.

In tal modo, peraltro, l'esperienza tecnica delle imprese potrebbe essere dimostrata in un più congruo arco temporale rispetto a quello attuale; con ciò, quindi, si darebbe maggiore risalto alle referenze, per così dire, "reputazionali" delle aziende, ossia quelle inerenti il vissuto imprenditoriale delle stesse.

Lavori diretti come direttore tecnico

Sarebbe necessario prevedere che i lavori diretti come direttore tecnico per conto di un'altra impresa, oltre a quelli diretti per conto della propria impresa, possano essere utilizzati per la qualificazione dall'impresa interessata più volte, ed in particolare nel caso in cui, al rinnovo dell'attestazione, l'impresa non abbia realizzato lavori nel quinquennio antecedente e pertanto non possa utilizzare propri lavori eseguiti. (art. 78, comma 14, dello schema di Regolamento).

Si ritiene, infatti, che l'esperienza maturata come direttore tecnico, in quanto strettamente legata alla persona, non sia soggetta a scadenze temporali e possa pertanto consentire all'impresa di dimostrare la capacità tecnica, quando l'impresa non abbia realizzato lavori propri.

A ciò si aggiunga, peraltro, che l'attuale articolato non ripropone la norma, prevista dall'art. 26 comma 7 del D.P.R. n. 34/2000, che consentiva ai soggetti che, alla data di entrata in vigore del predetto Regolamento, svolgessero la funzione di direttore tecnico, di conservare l'incarico, sia pure in carenza dei requisiti di qualificazione professionale stabiliti dal Regolamento stesso.

In ragione di quanto detto, si propone, pertanto, di reinserire la norma soppressa, per evitare che, con l'entrata in vigore del nuovo Regolamento, i direttori tecnici che non possiedono i predetti requisiti debbano cessare dall'incarico, creando notevoli disagi alle imprese.

Subappalto di lavori concernenti beni culturali e ambientali

Il subappalto di lavori relativi a beni culturali e ambientali, per quanto concerne il computo dei lavori subappaltati ai fini della qualificazione dell'appaltatore principale, andrebbe regolamentato nei termini ordinari, in considerazione del fatto che la responsabilità dell'appaltatore principale nei confronti della stazione appaltante non cambia rispetto a qualsivoglia lavoro subappaltato.

Conseguentemente si ritiene necessario **sopprimere la disposizione dell'art. 84, comma 2, dello schema di Regolamento che, ai fini della qualificazione dell'appaltatore principale, non consente l'utilizzabilità parziale dei lavori subappaltati.**

OS13 (strutture prefabbricate in cemento armato) OS18A (componenti strutturali in acciaio) e OS18B (componenti per facciate continue) OS32 (strutture in legno)

Occorrerebbe eliminare dalle declaratorie, l'indicazione della "produzione in stabilimento".

Infatti, la previsione della "produzione in stabilimento", introduce un elemento non coerente con l'oggetto del sistema di qualificazione, che è l'attività costruttiva e non quella della produzione industriale.

In questo modo, viene snaturata l'attività del costruttore.

La qualificazione dovrebbe riguardare esclusivamente il "montaggio" delle strutture prefabbricate in c.a., ovvero l'"assemblaggio e il montaggio" degli elementi di carpenteria metallica e degli elementi lignei.

Inoltre, il requisito della "produzione in stabilimento", essendo prerogativa di pochi operatori del settore, determina un limitato numero di imprese qualificate con il conseguente effetto di una forte restrizione della concorrenza.

Tariffe attestazioni SOA

Andrebbe ripensato l'importo delle tariffe per il rilascio delle attestazioni in questi termini:

- a) per le **modifiche minime**, stabilendolo in una cifra fissa;
- b) riducendolo per le **attestazioni dei consorzi stabili**, tenendo presente che l'esame e l'elaborazione richiesta alla Soa è assai meno laboriosa di un'attestazione di impresa;
- c) attualmente il corrispettivo SOA per **l'incremento di classifica** appare spropositato rispetto al corrispettivo per **l'estensione ad un'altra categoria**, pur richiedendo la prima operazione adempimenti meno complessi di quanti ne richieda la seconda; dovrebbe, di conseguenza, sulla base di tale considerazione, essere ridotto il corrispettivo per l'incremento di classifica, quanto meno equiparandolo a quello per l'estensione di categoria.

Verifica dei requisiti

L'art. 67 comma 1, lett. f) dello schema di Regolamento prevede che la SOA debba verificare anche **il permanere** dei requisiti generali e speciali utilizzati ai fini dell'attestazione medesima.

Al riguardo, va evidenziato che tale disposizione appare poco comprensibile, l'accertamento richiamato, infatti, avendo ad oggetto l'insieme dei requisiti generali e speciali di qualificazione, può essere effettuato unicamente alla scadenza del periodo di validità dell'attestazione, e non in altri momenti.

Peraltro, la norma non può neanche essere interpretata nel senso che la verifica in parola sia quella che viene effettuata in sede triennale (ovvero, ai sensi dell'art. 75 dello schema di Regolamento) dal momento che quest'ultima concerne – oltre ai requisiti generali – solo taluni dei requisiti speciali (vale a dire gli elementi relativi all'idoneità strutturale) e non la loro totalità.

Per tali motivi, sembra opportuno eliminare il disposto normativo in esame.

* * *

In ultimo, si rileva che una tematica particolarmente rilevante riguarda la possibilità di utilizzare i lavori privati (realizzati in proprio o su committenza) ai fini dell'acquisizione dell'attestazione SOA.

In merito, attesa la delicatezza e la complessità dell'argomento, il Gruppo di lavoro si riserva di svolgere un eventuale approfondimento mirato, semprechè la ROP lo ritenga opportuno.

4. L'ESECUZIONE DEI LAVORI ED IL CONTENZIOSO (*Coordinatore: Giuseppe Provisiero*)

PREMESSA

La Sottocommissione ROP su "l'esecuzione dei lavori ed il contenzioso", al fine di dare un contributo ampio al dibattito sulle possibili innovazioni da apportare alla normativa sui lavori pubblici, ha elaborato talune indicazioni di carattere generale nonché, con particolare riferimento ai temi dell'esecuzione del contratto e del contenzioso, specifiche proposte di modifica allo schema di Regolamento Generale.

Le prime sono sintetizzate nella parte A) del presente documento, le seconde sono riportate nella parte B).

a. Indirizzi generali sul rinnovamento della disciplina sulle opere pubbliche

La normativa sulle opere pubbliche ha subito, in questi ultimi anni, numerose modifiche prima di assumere un assetto sufficientemente compiuto con l'adozione del Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. n. 163/2006).

In particolare, con tale provvedimento, è stata data una prima risposta alla diffusa richiesta di stabilità delle regole proveniente dal mondo delle imprese.

Tuttavia, per taluni aspetti normativi è emersa l'esigenza di un ulteriore affinamento e perfezionamento, al fine di conseguire gli obiettivi di **trasparenza, concorrenza, qualità ed efficienza**.

In questo senso, pur nella consapevolezza dei limiti derivanti dalla delega al Governo posta dal legislatore con la legge comunitaria 2005, si ritiene di evidenziare talune proposte di carattere generale, così sintetizzabili:

- **riforma del sistema delle SOA e modifica dei parametri di qualificazione delle imprese**, ciò, sia per eliminare le disomogeneità dei criteri in base ai quali le SOA procedono al rilascio delle attestazioni; sia per ridimensionare il ruolo eccessivo giocato dalla cifra d'affari ai fini della qualificazione, a vantaggio di altri elementi, che premiano le imprese più "solide" ed affidabili;
- **prolungamento del periodo di validità dell'attestazione SOA**, che dovrebbe passare dagli attuali 5 anni a 9 anni, con verifica intermedia triennale dei requisiti; questo al fine di arginare i fenomeni distorsivi determinati dal peso eccessivamente rilevante ricoperto dalla cifra di affari in lavori, che, come è noto, è alla base della patologica rincorsa all'acquisizione di commesse e pertanto dei ribassi anomali;
- **estensione del periodo di attività documentabile ai fini della qualificazione**, che dovrebbe riguardare i migliori 5 anni del decennio antecedente il contratto con la SOA; tale innovazione si rende necessaria perché l'attuale periodo di riferimento (5 anni) si è dimostrato eccessivamente ristretto in relazione all'andamento mercato dei lavori pubblici, favorendo l'insorgere di alcune patologie (quale quella dei ribassi anomali, finalizzati ad acquisire il

maggior numero possibile di commesse per garantire il permanere dei requisiti necessari alla qualificazione);

- **perseguimento della qualità nella progettazione**, attraverso meccanismi che ne garantiscano l'effettiva esecutività.
- **ripristino, per i lavori pubblici, della revisione dei prezzi contrattuali**, sul modello di quanto avviene per altri comparti produttivi;
- **liberalizzazione del subappalto**, attraverso l'eliminazione del limite del 30% posto alla subappaltabilità della categoria prevalente, onde garantire alle imprese italiane la stessa libertà nell'organizzazione dei fattori di produzione di cui godono quelle europee;
- **limitazione del ricorso all'appalto "a corpo" a favore dell'appalto "a misura"**, quale modalità di determinazione del corrispettivo maggiormente aderente all'effettiva esecuzione dei lavori.

b. Le proposte specifiche in tema di esecuzione del contratto e di contenzioso

L'attuale disciplina relativa alla fase di esecuzione dei lavori risulta caratterizzata dalla presenza di un **eccessivo divario** tra la posizione dell'appaltatore e quella dell'amministrazione committente.

Al contrario, in linea con il più recente orientamento dottrinale e giurisprudenziale, occorre muovere verso il **riconoscimento di una effettiva par condicio fra amministrazione e privati**, con applicazione di regole paritarie, e conseguente abbandono della posizione di supremazia sino ad ora riconosciuta al committente in nome della prevalenza dell'interesse pubblico rispetto a quello privato.

Pertanto, al fine di contemperare le esigenze di snellezza proprie dell'attività imprenditoriale con quelle sottese ad un corretto svolgimento del processo realizzativo delle opere pubbliche, il rapporto contrattuale dovrebbe tendere ai seguenti principi:

- **avvicinamento dell'attuale disciplina normativa a quella contenuta nel Codice civile in tema di appalto;**
- **attribuzione di maggiore certezza ai comportamenti delle parti del rapporto, con l'assegnazione di tempi certi e perentori per l'assolvimento degli adempimenti contrattuali, nonché nella risoluzione dei contenziosi;**
- **revisione dell'istituto delle varianti, mirata alla riduzione delle rigidità che attualmente lo rendono poco rispondente alle reali esigenze operative;**
- **adozione di prezzi di riferimento aggiornati ed omogenei;**
- **semplificazione delle regole, attraverso il chiarimento delle disposizioni oscure nonché l'eliminazione di quelle incoerenti.**

La presenza di tali condizioni, invero, potrebbe contribuire a prevenire l'insorgere di lunghi e defatiganti contenziosi che, attualmente, arrecano indubbi pregiudizi sia alle imprese che alle amministrazioni appaltanti.

Ciò posto, nell'ottica di riportare la disciplina in tema di esecuzione dei lavori nell'alveo dei principi sopra evidenziati, si suggeriscono le seguenti modifiche, ritenute di carattere prioritario, da apportare allo schema di Regolamento Generale.

Spese generali

Si propone di elevare la percentuale relativa alle spese generali di carattere ordinario, attualmente prevista, dallo Schema di Regolamento, tra il 13% ed il 17% (art. 29, comma 2, lettera c) ad una percentuale compresa tra il 18% ed 22%.

L'innovazione proposta mira a rendere l'incidenza delle spese generali maggiormente aderente al reale andamento del mercato che, com'è noto, in questi ultimi anni si è caratterizzato per un progressivo aumento dei costi, di natura generale.

Ciò appare tanto più necessario ove si consideri che, nell'ambito di tali spese, risultano essere state incorporate anche ulteriori voci di costo (relative a polizze fidejussorie ed assicurative, oneri generali e speciali di capitolato, ad impianto, manutenzione, illuminazione e ripiegamento finale del cantiere) tradizionalmente escluse da questo ambito, come si evince dalla circolare del Ministero dei Lavori Pubblici del 22 ottobre 1947 n. 15824.

Inoltre, si ritiene opportuno prevedere anche l'eliminazione di talune voci di spesa rientranti nel novero di quelle generali e, segnatamente, i c.d. oneri particolari previsti dal capitolato speciale, atteso che, stante la loro estrema aleatorietà, non sono suscettibili di una quantificazione forfettaria.

I prezziari

L'art. 133 del Codice dei Contratti prevede una disposizione di particolare rilievo per il settore, in base alla quale le stazioni appaltanti debbono provvedere ad aggiornare annualmente i propri prezziari, che cessano di avere validità il 31 dicembre di ogni anno, fermo restando che possono essere utilizzati fino al 30 giugno dell'anno successivo per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data.

Con la norma richiamata, il legislatore ha chiaramente manifestato l'esigenza di assicurare che siano posti a base di gara progetti redatti secondo prezziari aggiornati annualmente, cogenti per le stazioni appaltanti interessate e non suscettibili, da parte delle medesime, di ulteriori aggiustamenti in ribasso sulla base dell'andamento medio delle offerte. Ciò posto, non è prevista, tuttavia, alcuna espressa sanzione laddove le committenti non rispettino tale previsione.

Appare quindi indispensabile colmare tale lacuna e ciò sia attraverso una disposizione che introduca l'obbligo, in fase di validazione dei progetti, di verificare la rispondenza dei prezzi utilizzati nel progetto ai prezziari aggiornati annualmente; sia prevedendo, in via generale, l'invalidità dei bandi che non rechino gli estremi della verifica in parola, effettuata al momento della validazione.

Computo metrico estimativo

L'art. 135 dello schema di Regolamento prevede quali documenti debbano far parte integrante del contratto di appalto.

Tra questi, non è ricompreso il computo metrico – estimativo che, invece, rientrando nel novero degli atti progettuali, messi a disposizione dell'appaltatore ai fini della predisposizione dell'offerta, dovrebbe anch'esso far parte dei documenti contrattuali, al pari dei grafici e delle relazioni.

Si propone, pertanto, di integrare l'elencazione di cui all'art. 135 con il richiamo al computo metrico estimativo, al fine di dare maggiore chiarezza all'assetto del rapporto contrattuale e di precisare ancora meglio l'oggetto della prestazione richiesta all'appaltatore; ciò anche per prevenire l'insorgere di motivi di contenzioso in corso d'opera.

Consegna tardiva dei lavori

L'art. 151 dello schema di Regolamento prevede, ai commi 8 e 9, l'ipotesi del ritardo nella consegna dei lavori attribuibile a fatto o colpa della stazione appaltante; in merito, la bozza di Regolamento non si discosta dalla previgente disciplina, salvo il fatto che, laddove l'appaltatore abbia presentato istanza di recesso per ritardata consegna dei lavori imputabile alla stazione appaltante, l'istanza non possa essere rifiutata dalla committente se il ritardo superi comunque i 6 mesi complessivi.

Con riferimento all'ipotesi di obbligatoria accettazione, da parte della stazione appaltante, dell'istanza di recesso avanzata dall'appaltatore, si potrebbe proporre una disciplina in materia di risarcimento del danno diversa da quella attualmente prevista.

In particolare, il comma 9 dovrebbe essere integrato dalla previsione della possibilità, per l'appaltatore, di chiedere l'integrale risarcimento del danno, comprensivo sia del danno emergente, sia del lucro cessante, quest'ultimo individuabile nella misura del 10% dell'importo contrattuale.

La previsione di un risarcimento del danno, peraltro, risulta sorretta anche dal parere del Consiglio di Stato, reso sulla bozza del vigente regolamento n. 554/99, che si è pronunciato a favore di tale riconoscimento (Cons. St., Ad. Gen. 12 luglio 1999, n. 10).

Quanto infine alla consegna in via d'urgenza, disciplinata dal comma 4 dell'articolo in esame, sembrerebbe opportuno precisare che le ragioni sottese all'urgenza stessa non possano in alcun modo ricollegarsi a fatti riferibili ad inadempimenti della stazione appaltante.

Consegna parziale dei lavori

L'articolo 152, comma 6, dello schema di Regolamento, stabilisce la possibilità di procedere alla consegna parziale dei lavori e cioè alla consegna dell'opera per porzioni predeterminate. La

disposizione appare lacunosa in quanto lascia indeterminati i termini massimi entro i quali l'amministrazione debba dare luogo alle consegne successive alla prima.

L'effetto è quello di produrre incertezze per l'appaltatore, sia in ordine all'impostazione del cantiere, sia in ordine ai tempi di mobilitazione dello stesso, determinandosi in tal modo elementi di indeterminatezza nella programmazione delle attività imprenditoriali.

La norma andrebbe completata con la previsione che, in caso di consegna parziale, il capitolato speciale debba indicare le parti di opera oggetto di consegna successiva alla prima ed i rispettivi termini massimi entro i quali l'amministrazione sarà tenuta a darvi luogo.

Riconoscimenti a favore dell'appaltatore in caso di ritardata consegna dei lavori

L'art. 155 dello schema di Regolamento disciplina i riconoscimenti economici dovuti all'appaltatore nell'ipotesi in cui la consegna dei lavori avvenga con ritardo, per cause imputabili alla stazione appaltante.

Tuttavia, in ragione delle modifiche richieste in tema di risarcimento del danno dovuto all'appaltatore in caso di accoglimento obbligatorio, da parte della stazione appaltante, della richiesta di recesso (nel qual caso, come già detto, l'indennizzo spettante all'appaltatore dovrebbe essere comprensivo sia del danno emergente che del lucro cessante, quest'ultimo nella misura del 10% dell'importo contrattuale), occorre limitare l'operatività dell'art. 155 all'ipotesi in cui detta istanza sia avanzata entro la metà del termine utile contrattuale o comunque entro sei mesi complessivi.

In particolare, sarebbe opportuno prevedere che, nel caso di accoglimento dell'istanza di recesso, l'appaltatore abbia diritto sia al rimborso delle spese contrattuali, sia ad un indennizzo corrispondente alla metà dell'utile d'impresa (pari al 10% dell'importo dei lavori), ciò per garantire che il danno sia effettivamente compensativo per l'appaltatore.

Pertanto, in ragione di quanto evidenziato, sono configurabili le seguenti fattispecie:

- se l'istanza di recesso viene formulata e accolta **entro** la metà del tempo utile contrattuale o comunque **entro** i sei mesi complessivi, l'appaltatore ha diritto al rimborso delle spese contrattuali nonché ad un indennizzo corrispondente alla metà dell'utile d'impresa, pari al 10% dell'importo dei lavori, ciò ai sensi dell'art. 155, comma 1, come riformulato;
- se l'istanza di recesso viene obbligatoriamente accolta in quanto formulata **oltre** la metà del tempo utile contrattuale o comunque **oltre** i sei mesi complessivi, l'appaltatore ha diritto al risarcimento del danno, comprensivo sia del danno emergente che del lucro cessante (quest'ultimo corrispondente al 10% dell'importo contrattuale); ciò, ai sensi dell'art. 151, comma 9, come riformulato;
- se l'istanza di recesso viene formulata **entro** la metà del termine contrattuale o comunque **entro** i sei mesi complessivi e non viene accolta, si procede alla consegna tardiva, e l'appaltatore ha diritto al risarcimento del danno nella misura dell'interesse legale, calcolato sull'importo corrispondente alla produzione media giornaliera prevista dal programma di

esecuzione lavori nel periodo di ritardo, computato dal giorno di notifica dell'istanza di recesso fino alla data di effettiva consegna dei lavori; ciò ai sensi dell'art. 155, comma 2.

A ciò si aggiunga, infine, che in quest'ultima ipotesi il risarcimento del danno dovrebbe essere corrisposto in tempi brevi, e cioè in occasione del pagamento della prima rata di acconto dei lavori.

Sospensione parziale dei lavori

L'art. 156 dello schema di Regolamento stabilisce, tra l'altro, che ove successivamente alla consegna dei lavori si debba procedere alla loro parziale sospensione, per cause imprevedibili o di forza maggiore, l'appaltatore è tenuto a proseguire le lavorazioni eseguibili anche in ragione di detti impedimenti.

In siffatta ipotesi, tuttavia, si dovrebbe prevedere che la sospensione parziale dei lavori debba interessare non soltanto le lavorazioni divenute momentaneamente inesequibili, ma anche quelle che, ancorché realizzabili, siano divenute eccessivamente gravose, per effetto della sospensione parziale.

Tale innovazione si rende necessaria per evitare che l'eccessiva difficoltà che sopravviene nell'esecuzione delle lavorazioni per effetto delle sospensioni parziali dei lavori sia posta a carico dell'appaltatore, dal momento che, come detto, tale difficoltà dipende da cause imprevedibili o di forza maggiore.

Sospensione illegittima

L'art. 158 dello schema di Regolamento prevede la quantificazione del danno spettante all'appaltatore in caso di sospensioni illegittime.

Tuttavia, tale determinazione non appare pienamente corretta in quanto non tiene in adeguata considerazione i reali effetti che tale sospensione determina sull'organizzazione dei fattori di produzione dell'impresa.

Pertanto, al fine di disciplinare in modo più congruo i danni risarcibili in tali ipotesi, occorrerebbe distinguere, in questo ambito, tra sospensioni illegittime totali e sospensioni illegittime parziali.

Infatti, con riferimento alle spese generali infruttifere (di cui al comma 2, lett. a) dell'art. 158) la scelta, operata dal legislatore, di compensare l'appaltatore nella misura pari alla metà della percentuale minima delle spese generali (come individuata nell'art. 29, comma 2, lett. c) rapportata alla durata della sospensione illegittima, è giustificabile solo nell'ipotesi di sospensione totale, in quanto, in tal caso, al minore impegno organizzativo dell'appaltatore può corrispondere una effettiva riduzione dell'aliquota delle spese generali.

Tale misura, invece, non appare appropriata nell'ipotesi di sospensione parziale dei lavori, dal momento che, in tale evenienza, il potenziale produttivo dell'appaltatore e l'organizzazione del

cantiere restano, generalmente, inalterati rispetto all'allestimento originario connesso all'importanza ed alla natura dell'opera.

Pertanto, è da ritenere che, in linea con un consolidato orientamento giurisprudenziale, in questa ultima ipotesi, le spese generali infruttifere debbano assumere una incidenza percentuale pari ai 2/3 dalla percentuale minima delle spese generali, come individuate dall'art. 29, comma 2, lett. c).

Analoghe perplessità sussistono anche con riferimento alla lesione dell'utile (art. 152, comma 2, let. b), coincidente con la sua ritardata percezione, il cui risarcimento viene limitato al riconoscimento dei soli interessi moratori, rapportati alla durata dell'illegittima sospensione.

Tuttavia, soprattutto nell'ipotesi di sospensione parziale dei lavori, è l'intero potenziale produttivo ed organizzativo del cantiere ad essere impegnato in misura ridotta, con un corrispondente pregiudizio in termini di redditività, atteso che i fattori della produzione non possono essere proficuamente impiegati altrove.

Dovrebbe essere quindi stabilito, anche in base a consolidati principi della giurisprudenza ordinaria ed arbitrale, che il risarcimento per la lesione dell'utile venga individuato in misura pari alla metà della percentuale prevista come utile d'impresa (10% dell'importo dei lavori).

Ius variandi dell'amministrazione e i suoi limiti

L'articolo 159 dello schema di Regolamento non contiene la disciplina dello *ius variandi* dell'amministrazione e dei relativi limiti. Tale disciplina oggi è contenuta all'articolo 10 del D.M. n. 145/00 (Capitolato Generale) e riguarda i seguenti tre punti essenziali:

- a) l'amministrazione può ordinare maggiori lavori necessari agli stessi prezzi del contratto principale, ma entro il limite del 20%;
- b) l'amministrazione non può legittimamente ordinare varianti che introducano modifiche sostanziali all'impostazione progettuale;
- c) in ogni caso, qualora le varianti determinino alterazioni nel rapporto tra i gruppi di lavorazioni, tali da arrecare all'appaltatore un notevole pregiudizio economico, questo ha diritto ad un equo compenso.

Si tratta, com'è evidente, di disposizioni essenziali che devono avere valenza generale per tutte le amministrazioni operanti nel campo dei lavori pubblici.

E' possibile che il Governo non abbia inserito la disciplina in questione nel contesto del Regolamento, riservandosi di inserirla nel futuro Capitolato Generale da adottare con decreto del Ministro.

Senonché, va notato che, in base all'articolo 5, commi 8 e 9, del nuovo Codice, il nuovo Capitolato Generale avrà efficacia vincolante, e cioè regolamentare, esclusivamente per le amministrazioni statali, mentre per le altre amministrazioni sarà facoltativo, nel senso che potrà essere o meno richiamato negli atti contrattuali.

Pertanto, ove la disciplina in questione non venisse inserita nel Regolamento, verrebbe a determinarsi una possibile generalizzata disomogeneità relativamente a tutti gli enti diversi da quelli statali che ritenessero di non adeguarsi alla normativa generale.

Si ritiene, pertanto, opportuno evidenziare la necessità di inserire la materia dello *ius variandi* nell'ambito del nuovo Regolamento.

Oltre alla questione dello *ius variandi*, ci sarebbero altre norme del Capitolato Generale che si ritiene sarebbe opportuno inserire nel Regolamento Generale, attesa la loro particolare rilevanza.

A tal fine, per una loro elencazione dettagliate, si rimanda alla nota in allegato al presente documento. (Al. 1)

I gruppi omogenei di lavorazioni

In considerazione di quanto evidenziato in merito all'opportunità di riproporre, all'interno dello schema di Regolamento, la disciplina capitolare sullo *ius variandi*, si considera altresì necessario introdurre una modifica volta a ripristinare una previsione già contenuta nell'art 13, comma 5 del Capitolato Generale del 1962 (D.P.R. n. 1063/62) in conformità ai parametri codicistici (art. 1661 C.C.)

Tale disposizione, in particolare, prevedeva che il limite allo *ius variandi* della p.a. fosse costituito, oltretutto dal fatto che la variazione si mantenesse nel quinto in più o in meno dell'importo contrattuale, anche dalla circostanza che non producesse modificazioni di quantità tali da superare il quinto in più o in meno delle quantità originarie relativamente a ciascuna categoria di lavorazioni; in caso contrario, l'appaltatore aveva diritto ad un equo compenso.

Invece, in base alla disposizione di cui all'art. 10 del d.m. n. 145/2000, conformemente a quanto disposto dall'art. 45 comma 8 del D.P.R. n. 554/99, l'incidenza delle varianti, ai fini dell'equo compenso, è desunta non più dalle singole categorie di lavoro, ma dagli importi netti dei gruppi di lavorazioni ritenuti omogenei secondo i capitolati speciali.

Ma in tali "gruppi omogenei", lasciati alla valutazione soggettiva dei progettisti, vengono spesso raggruppate categorie di lavori assai differenti tra loro, anche sotto il profilo della remuneratività (ad esempio, movimenti di terra che comprendano rilevati e scavi di diversa tipologia), con la conseguenza che l'appaltatore, in caso di variante, potrebbe trovarsi costretto a tollerare un totale sovvertimento dei rapporti fra le varie lavorazioni previste nell'opera, in difformità del suo originario consenso, senza però ottenere alcun ristoro in quanto non "scatta" un complessiva variazione della quantità nei vari gruppi di lavorazioni superiore al quinto della corrispondente quantità originaria.

Conseguentemente, nella riproposizione dell'art. 10 del Capitolato Generale, occorrerebbe inserire le modifiche sopra evidenziate, nonché integrare, *in parte qua*, anche l'art. 40 (Schema di contratto e Capitolato Speciale d'appalto) dello schema di Regolamento.

Riserve

L'art. 187, comma 1, dello schema di Regolamento prevede che l'onere dell'iscrizione di eventuali riserve sorga nel giorno in cui il registro di contabilità viene presentato all'appaltatore ma non precisa quando tale registro debba essere sottoposto alla firma dell'impresa esecutrice.

Occorrerebbe quindi integrare la disposizione in esame, al fine di chiarire che il registro di contabilità va esibito per la firma unicamente in occasione dell'emissione dei SAL, cosicché, solo in tale sede, sorge l'onere, a carico dell'appaltatore, della formulazione di eventuali riserve.

Sempre in tema di riserve, solleva notevoli perplessità la previsione di cui all'art. 188, comma 2, dello schema di Regolamento secondo cui le riserve devono essere formulate a pena di decadenza sul primo atto dell'appalto idoneo a riceverle.

Si fa notare che tale ultima formulazione è fonte di notevoli incertezze, potendo insorgere dubbi su cosa si debba intendere in concreto per "primo atto dell'appalto" idoneo a ricevere la riserva.

In effetti, nel nostro ordinamento la decadenza viene sempre ricollegata a fatti ben individuati ed assolutamente certi nella loro specificità (es. la denuncia di vizi; la proposizione del ricorso; la proposizione dell'appello, ecc..).

La genericità della definizione di atto idoneo appare incompatibile con i principi di certezza giuridica del nostro ordinamento, tanto più che l'onere della riserva può ritenersi correttamente assolto con la formulazione nel registro di contabilità ai sensi del precedente art. 187.

Si propone, pertanto, l'eliminazione del primo periodo del comma 2, dell'art. 188, onde restituire certezza di comportamenti ed eliminare dubbi in ordine ad effetti così rilevanti come sono quelli connessi alla decadenza.

Infine, si vuole evidenziare un'incongruenza normativa tra l'art. 187, comma 3 e l'art. 188, comma 3.

Con la prima disposizione, infatti, si prevede che l'appaltatore possa sempre firmare con riserva il registro di contabilità, ed esplicarne i motivi, a pena di decadenza, entro i 15 giorni successivi.

Con la seconda norma, invece, si precisa che tale possibilità sussiste solo laddove l'esplicazione della riserva non sia oggettivamente possibile al momento della formulazione della stessa sul registro di contabilità.

Tale contraddittorietà va quindi eliminata con la soppressione del secondo periodo del terzo comma dell'art. 188, ciò al fine di evitare le incertezze sottese e quindi possibili motivi di contenzioso.

*** **

Oltre alle sopracitate modifiche, la Sottocommissione si è soffermata anche sulle seguenti ulteriori tematiche che, ancorché non prioritarie come le precedenti, sono state ritenute comunque di particolare rilievo e meritevoli di ulteriore approfondimento.

Interessi per ritardato pagamento

L'art. 140 dello schema di Regolamento dispone che, in caso di ritardato pagamento del corrispettivo spettante all'appaltatore, gli interessi maturati vengano computati e corrisposti in occasione del pagamento, in conto e a saldo, immediatamente successivo a quello eseguito in ritardo.

Al riguardo, tuttavia, sembra opportuno modificare tale norma al fine di chiarire che, per quanto riguarda gli acconti in corso d'opera, il conteggio degli interessi sia una competenza attribuita al direttore dei lavori; invece, qualora si tratti di interessi relativi al ritardato pagamento della rata di saldo, la competenza spetti alla stazione appaltante.

L'innovazione si rende necessaria in un'ottica di chiarezza e snellimento del rapporto contrattuale, sotto il profilo della gestione contabile del pagamento dei lavori.

Peraltro, circa la liquidazione degli interessi, sembrerebbe opportuno prevedere un espresso richiamo alla regola civilistica di cui all'art. 1194 c.c., in base alla quale il pagamento fatto in conto di capitale e di interessi deve essere imputato prima agli interessi.

Infatti, va detto che, anche se la norma sopracitata trova già applicazione nell'ambito dei lavori pubblici, non risultando derogata in alcun modo, si ritiene tuttavia necessario operare un richiamo espresso alla medesima, al fine di soddisfare un'esigenza di trasparenza e di certezza dei rapporti.

Quanto evidenziato risulta peraltro sostenuto anche dall'Autorità di Vigilanza nella sua determinazione n. 5 del 27 marzo 2002.

Ritardo dei pagamenti per colpa del soggetto terzo finanziatore

L'art. 142 dello schema di Regolamento precisa che la corresponsione di interessi all'appaltatore avvenga in tre ipotesi di ritardo nei pagamenti, correlati al ritardo nell'emissione del certificato di pagamento, al ritardo nel pagamento della rata di acconto ed infine al ritardo nel pagamento della rata di saldo.

In tutti e tre i casi, le disposizioni di cui ai commi, 1, 2 e 3 della norma prevedono che il diritto dell'appaltatore agli interessi sorga qualora il ritardo sia determinato da causa imputabile alla stazione appaltante.

Nella pratica, tuttavia, spesso accade che il mancato pagamento nei termini di legge abbia luogo per effetto di ritardi da parte dell'ente finanziatore nella corresponsione alla stazione appaltante dei finanziamenti pattuiti.

Naturalmente, in casi del genere, gli effetti del ritardato pagamento, come peraltro affermato in alcune occasioni dalla stessa giurisprudenza, non può ricadere sull'appaltatore, il cui diritto agli interessi non può essere oggettivamente messo in discussione. Al contrario, il ritardo nell'erogazione dei finanziamenti deve ricondursi alla responsabilità in senso ampio della stazione appaltante, la quale sola ha competenza ad individuare le fonti di finanziamento dell'intervento ed a concordare con l'ente finanziatore tempi e modi del relativo trasferimento.

Procedimento di approvazione delle variazioni e addizioni

Nell'ambito dell'art. 159 dello schema di Regolamento, occorrerebbe introdurre una modifica che dia soluzione ad un frequente problema di carattere operativo, ossia quando, in corso d'opera, emerga la necessità di effettuare variazioni o addizioni al progetto, ma vi sia l'inerzia nella promozione delle procedure di approvazione.

In tal caso, sarebbe opportuno prevedere un meccanismo snello, che consenta all'appaltatore di rivolgersi direttamente alla stazione appaltante per sollecitare l'adozione, anche tramite silenzio-assenso, dei provvedimenti di autorizzazione dei lavori in variante, purchè d'importo contenuto e comunque non superiore al 10% dell'ammontare totale dei lavori.

Appalto di progettazione ed esecuzione di lavori sulla base del progetto preliminare.

L'art. 165 dello schema di Regolamento disciplina la fase successiva alla stipulazione del contratto, nell'ipotesi prevista dall'art. 53, co. 2, lett. c) del Codice dei contratti, vale a dire quella in cui, in sede di offerta, l'impresa abbia presentato un progetto definitivo ed un prezzo; oggetto dell'appalto è quindi la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori.

Al comma 1, è stabilito che l'appaltatore, nella fase preordinata all'approvazione del progetto definitivo, sia tenuto ad adeguare il progetto ad eventuali prescrizioni indicate dalla committente.

Tale disposizione appare eccessivamente generica, ed andrebbe integrata prevedendo che la facoltà della stazione appaltante di imporre all'appaltatore adeguamenti al progetto definitivo, presentato in sede offerta, incontri il limite dato dall'impossibilità di alterare in maniera sostanziale l'impostazione del progetto stesso.

Al comma 2, è inoltre disposto che il RUP, approvato il progetto definitivo dalla stazione appaltante, ordini all'appaltatore di iniziare, nei tempi stabiliti nel capitolato speciale prestazionale, la redazione del progetto esecutivo.

Sarebbe opportuno che detta norma contemplasse un periodo di tempo minimo (ad es., 90 giorni) da assegnare all'appaltatore per la predisposizione del progetto esecutivo; ciò al fine di evitare che, nei capitolati prestazionali allegati al progetto preliminare posto a base di gara, le stazioni appaltanti adottino termini incongruenti o comunque disomogenei.

Al comma 3 è poi previsto che, qualora il progettista dell'esecutivo ne ravvisi la necessità, l'appaltatore debba provvedere all'effettuazioni di studi o indagini più dettagliate rispetto a quelle utilizzate per la predisposizione del progetto preliminare, senza che ciò possa comportare alcun compenso aggiuntivo.

Al riguardo, tuttavia, sarebbe necessario introdurre un'integrazione per chiarire che, laddove tali maggiori verifiche comportino oneri particolarmente gravosi per l'appaltatore, quest'ultimo venga conseguentemente remunerato, in omaggio al principio civilistico dell'equilibrio fra le prestazioni negoziali.

Il comma 7, invece, contempla l'ipotesi secondo cui, se il progetto esecutivo, redatto dall'impresa, non sia meritevole di approvazione, il contratto d'appalto viene risolto per inadempimento dell'appaltatore.

Tale norma andrebbe però modificata, prevedendo che la risoluzione possa aver luogo solo dopo che sia decorso inutilmente un termine assegnato dall'amministrazione all'appaltatore per adeguare il progetto esecutivo nelle parti carenti.

La correzione proposta, invero, è volta a dare applicazione alla regola civilistica secondo cui la risoluzione per inadempimento viene subordinata ad un atto di formale diffida ad adempiere da parte del creditore (art. 1454 c.c.).

Al comma 8, infine, viene disposto che, nel caso in cui il progetto esecutivo non venga approvato, per motivi diversi da quello richiamato al comma 7, la stazione appaltante possa recedere dal contratto, ed all'appaltatore venga riconosciuto lo stesso indennizzo previsto dall'art. 155, comma 1 per l'ipotesi di accoglimento dell'istanza di recesso per ritardata consegna dei lavori, dovuta a fatti imputabili alla committente.

Al riguardo, sembra opportuno proporre l'abrogazione di tale disposizione, dal momento che questa attribuisce all'amministrazione il potere di recedere dal contratto anche nei casi di assenza di responsabilità dell'appaltatore, senza peraltro riconoscere allo stesso un risarcimento pieno per il danno subito.

Appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo

L'art. 166 dello schema di Regolamento regola la fase successiva alla stipula del contratto nell'ipotesi disciplinata dall'art. 53, comma 2, lett. b) del Codice dei Contratti, vale a dire quella in cui in sede di offerta l'impresa formuli unicamente il prezzo, mentre oggetto dell'appalto è la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori (c.d. appalto-integrato).

Riguardo a tale norma, sarebbe opportuno formulare le stesse proposte di modifica ipotizzate per le analoghe disposizioni contenute nell'art. 165, con le medesime motivazioni.

Stato avanzamento dei lavori

L'art. 191 dello schema di Regolamento disciplina, in linea generale, le modalità di redazione degli stati di avanzamento lavori, demandando al capitolato speciale la definizione dei termini entro cui ciò debba avvenire.

Al riguardo, tuttavia, sarebbe opportuno introdurre una previsione che stabilisca una precisa tempistica per tale adempimento, al fine di evitare che nei capitolati speciali vengano fissati termini troppo ampi, con possibili ritardi nei pagamenti, di cui gli appaltatori sopporterebbero in parte le conseguenze, in ragione del periodo di franchigia per la maturazione degli interessi stabilita dagli artt. 141 e 142 della bozza di Regolamento.

Conto finale dei lavori e relazione del responsabile del procedimento sul conto finale

L'art. 196 dello schema di Regolamento dispone che il direttore dei lavori compili il conto finale entro il termine stabilito nel capitolato speciale, al fine di trasmetterlo al RUP per la predisposizione della propria relazione riservata.

Al riguardo, si ritiene opportuno introdurre una modifica che acceleri la tempistica di tale fase procedurale, allo scopo di evitare la possibilità di eventuali ritardi nell'effettuazione del collaudo, fissando un termine massimo di 10 giorni per detta trasmissione.

Inoltre, sempre nell'ottica di ottimizzare la tempistica relativa al collaudo, si dovrebbe prevedere che la relazione del responsabile del procedimento sul conto finale debba essere predisposta entro 10 giorni (anzichè 60) nonchè trasmessa immediatamente al collaudatore (art 198).

In questo modo, il collaudatore viene messo in condizione di avviare celermente le operazioni di collaudo per lo svolgimento delle quali deve preventivamente acquisire la relazione in parola dal responsabile del procedimento.

Nomina del collaudatore

Sempre in un'ottica acceleratoria, si potrebbe prevedere che la nomina del collaudatore (art.212) debba essere effettuata entro 15 giorni (e non 30) a decorrere dalla data di ultimazione lavori.

Avviso ai creditori

L'art. 214 dello schema di Regolamento regola la procedura da seguire una volta redatto il certificato di ultimazione dei lavori, per consentire agli eventuali creditori dell'appaltatore, in ragione di indebite occupazioni di aree o stabili o per danni arrecati nell'esecuzione di lavori, di presentare le ragioni delle proprie pretese.

Occorre, tuttavia, introdurre una modifica con la finalità di eliminare l'equivoco che il collaudo possa essere sospeso fino all'avvenuto pagamento dei danni ai terzi, ritenuti tali dal responsabile del procedimento.

Pertanto, si potrebbe prevedere che qualora l'appaltatore contesti la fondatezza della pretesa del terzo, il collaudatore possa comunque proseguire nelle operazioni di collaudo, prescindendo da tale circostanza.

L'integrazione mira quindi a far comprendere che, nel caso di contestazione da parte dell'impresa, l'invito del responsabile del procedimento non abbia alcun effetto impeditivo sulla prosecuzione del collaudo.

Estensione della verifica di collaudo

L'art. 215 dello schema di Regolamento disciplina, tra l'altro, gli effetti del prolungamento delle operazioni di collaudo attribuibile a responsabilità dell'organo di collaudo, prevedendo che, in tal caso, la stazione appaltante possa disporre anche la revoca dell'incarico.

In merito, si potrebbe rafforzare tale previsione, introducendo la possibilità di applicare al collaudatore, oltre alla revoca, anche una sanzione pecuniaria (ossia una penale).

L'integrazione avrebbe la finalità di responsabilizzare maggiormente l'organo di collaudo al rispetto della termine per l'effettuazione delle operazioni di collaudo.

Processo verbale di visita nei lavori di notevole importanza

L'art. 217 dello schema di Regolamento, al quarto comma, contiene una disposizione concernente una tempistica particolare per l'effettuazione della visita di collaudo nei lavori di notevole importanza, nei quali il termine per la presentazione del conto finale sia peraltro stabilito in misura maggiore di quello relativo al periodo di garanzia.

La disposizione in parola, tuttavia, essendo di difficile comprensione e comunque di dubbia applicabilità, andrebbe eliminata.

Valutazioni dell'organo di collaudo

L'art. 221 dello schema di Regolamento contempla l'insieme delle valutazioni che l'organo di collaudo deve compiere, tra le quali viene ricompresa anche l'apprezzamento, ai fini della qualificazione, in ordine alle modalità di conduzione dei lavori da parte dell'impresa.

Al riguardo, sembra necessario apportare un'integrazione alla norma, volta ad evitare che possano essere disposti, nei confronti dell'impresa, provvedimenti limitativi in ordine alla qualificazione, sulla base delle sole risultanze del collaudo.

Sembra quindi opportuno chiarire che quando le modalità di conduzione dei lavori siano state ritenute insoddisfacenti dal collaudatore e tale giudizio venga contestato in sede giurisdizionale, nessuna conseguenza, in tema di qualificazione, possa derivare all'impresa prima che la sentenza che definisce tale giudizio abbia acquisito la forza di giudicato; ciò in sintonia con quanto prevede, in materia di cause di esclusione, l'art. 38, comma 1, lettera c) del Codice dei Contratti per i provvedimenti penali di condanna.

NORME DEL CAPITOLATO GENERALE DA INSERIRE NEL REGOLAMENTO

Sono di seguito elencate alcune proposte di emendamento, tese ad inserire nel Regolamento alcune disposizioni del vigente Capitolato Generale (d.m. n. 145/2000); ciò al fine di dare valenza generale a norme che, altrimenti, in ragioni di quanto disposto all'art. 5 comma 8 del Codice (D.lgs. n. 163/2006) vincolerebbero esclusivamente le amministrazioni statali.

Tutela dei lavoratori (art. 7 del d.m. n. 145/2000)

L'osservanza delle norme poste a tutela dei lavoratori rappresenta una esigenza inderogabile, cui ogni esecutore è tenuto, a prescindere dalla natura statale o meno del soggetto committente.

Si propone pertanto il seguente emendamento.

Art. ... Tutela dei lavoratori

1. L'appaltatore deve osservare le norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, sicurezza, salute, assicurazione e assistenza dei lavoratori.

2. A garanzia di tale osservanza, sull'importo netto progressivo dei lavori è operata una ritenuta dello 0,50 per cento. Dell'emissione di ogni certificato di pagamento il responsabile del procedimento provvede a dare comunicazione per iscritto, con avviso di ricevimento, agli enti previdenziali e assicurativi, compresa la cassa edile, ove richiesto.

3. L'amministrazione dispone il pagamento a valere sulle ritenute suddette di quanto dovuto per le inadempienze accertate dagli enti competenti che ne richiedano il pagamento nelle forme di legge.

4. Le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione del conto finale, dopo l'approvazione del collaudo provvisorio, ove gli enti suddetti non abbiano comunicato all'amministrazione committente eventuali inadempienze entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della richiesta del responsabile del procedimento.

Varianti in diminuzione migliorative proposte dall'appaltatore (art 11 del d.m. n. 145/2000).

La materia dello *ius variandi*, contenuta nello schema di Regolamento, va necessariamente completata dalla previsione capitolare sulle varianti in diminuzione., oltrechè in aumento (su queste ultime, peraltro, è stato già proposto specifico emendamento – cfr art. 158 bis del documento).

Conseguentemente, si propone la seguente integrazione:

Art. ... Varianti in diminuzione migliorative proposte dall'appaltatore

1. Ad eccezione dei contratti affidati ai sensi dell'art. 53, comma 2, lettere b) e c) del codice, l'impresa appaltatrice, durante il corso dei lavori può proporre al direttore dei lavori eventuali variazioni migliorative ai sensi dell'articolo 132, terzo comma, secondo periodo del codice, di sua esclusiva ideazione e che comportino una diminuzione dell'importo originario dei lavori.

2. Possono formare oggetto di proposta le modifiche dirette a migliorare gli aspetti funzionali, nonché singoli elementi tecnologici o singole componenti del progetto, che non comportano riduzione delle prestazioni qualitative e quantitative stabilite nel progetto stesso e che mantengono inalterate il tempo di esecuzione dei lavori e le condizioni di sicurezza dei lavoratori. La idoneità delle proposte è dimostrata attraverso specifiche tecniche di valutazione, quali ad esempio l'analisi del valore.

3. La proposta dell'appaltatore, redatta in forma di perizia tecnica corredata anche degli elementi di valutazione economica, è presentata al direttore dei lavori che entro dieci giorni la trasmette al responsabile del procedimento unitamente al proprio parere. Il responsabile del procedimento entro i successivi trenta giorni, sentito il progettista, comunica all'appaltatore le proprie motivate determinazioni ed in caso positivo procede alla stipula di apposito atto aggiuntivo.

4. Le proposte dell'appaltatore devono essere predisposte e presentate in modo da non comportare interruzione o rallentamento nell'esecuzione dei lavori così come stabilita nel relativo programma.

5. Le economie risultanti dalla proposta migliorativa approvata ai sensi del presente articolo sono ripartite in parti uguali tra la stazione appaltante e l'appaltatore.

Tempo per la ultimazione dei lavori.
(art. 21 del d.m. n. 145/2000)

La disciplina capitolare relativa al tempo di ultimazione dei lavori appare necessaria per l'avvio delle procedure conseguenti, quali il collaudo, nonché per la determinazione delle penali o dell'eventuale premio di accelerazione.

Si propone quindi il seguente emendamento:

Art. (...) Tempo per la ultimazione dei lavori.

1. L'appaltatore deve ultimare i lavori nel termine stabilito dagli atti contrattuali, decorrente dalla data del verbale di consegna ovvero, in caso di consegna parziale ai sensi dell'articolo 152 dall'ultimo dei verbali di consegna.

2. *L'ultimazione dei lavori, appena avvenuta, deve essere dall'appaltatore comunicata per iscritto al direttore dei lavori, il quale procede subito alle necessarie constatazioni in contraddittorio.*

3. *L'appaltatore non ha diritto allo scioglimento del contratto né ad alcuna indennità qualora i lavori, per qualsiasi causa non imputabile alla stazione appaltante, non siano ultimati nel termine contrattuale e qualunque sia il maggior tempo impiegato.*

4. *Nel caso di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 136 del codice ai fini dell'applicazione delle penali il periodo di ritardo è determinato sommando il ritardo accumulato dall'appaltatore rispetto al programma esecutivo dei lavori di cui all'articolo 40, comma 10, e il termine assegnato dal direttore dei lavori per compiere i lavori.*

Penali

(art. 22 del d.m. n. 145/2000)

Le conseguenze connesse alla ritardata esecuzione di un lavoro pubblico per fatti imputabili all'appaltatore devono avere una disciplina omogenea, onde evitare l'applicazione di misure sproporzionate o arbitrarie.

Pertanto, si propone il seguente emendamento.

Art. (...) Penali.

1. *Per il maggior tempo impiegato dall'appaltatore nell'esecuzione dell'appalto oltre il termine contrattuale è applicata la penale nell'ammontare stabilito dal capitolato speciale o dal contratto e con i limiti previsti dall'articolo 143.*

2. *Qualora il capitolato speciale preveda scadenze differenziate di varie lavorazioni, oppure sia prevista l'esecuzione dell'appalto articolata in più parti, il ritardo nella singola scadenza comporta l'applicazione della penale nell'ammontare contrattualmente stabilito.*

3. *La penale è comminata dal responsabile del procedimento sulla base delle indicazioni fornite dal direttore dei lavori.*

4. *È ammessa, su motivata richiesta dell'appaltatore, la totale o parziale disapplicazione della penale, quando si riconosca che il ritardo non è imputabile all'impresa, oppure quando si riconosca che la penale è manifestamente sproporzionata, rispetto all'interesse della stazione appaltante. La disapplicazione non comporta il riconoscimento di compensi o indennizzi all'appaltatore.*

5. *Sull'istanza di disapplicazione della penale decide la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento, sentito il direttore dei lavori e l'organo di collaudo ove costituito.*

Proroghe
(art. 26 del d.m. n. 145/2000)

Anche in materia di proroga del termine contrattuale, si avverte l'esigenza di avere una disciplina univoca.

Conseguentemente, si propone il seguente emendamento.

Art. (...) Proroghe.

- 1. L'appaltatore che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato può richiederne la proroga.*
- 2. La richiesta di proroga deve essere formulata con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine contrattuale tenendo conto del tempo previsto dal comma 3. In ogni caso la sua concessione non pregiudica i diritti spettanti all'appaltatore per l'eventuale imputabilità della maggiore durata a fatto della stazione appaltante.*
- 3. La risposta in merito all'istanza di proroga è resa dal responsabile del procedimento, sentito il direttore dei lavori, entro trenta giorni dal suo ricevimento.*