

# ANCE

ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI

## ***IL NUOVO REGOLAMENTO SUGLI APPALTI PUBBLICI***

***Esame e commento***

***Febbraio 2008***

*Direzione Legislazione Opere Pubbliche*

## **TUTELA DEL LAVORO E REGOLARITA' CONTRIBUTIVA**

Nell'ambito delle disposizioni comuni a tutti i contratti pubblici (di lavori, servizi e forniture), ampio spazio è dedicato alla tutela dei lavoratori e alla regolarità contributiva.

Gli **articoli 4 e 5** riproducono le corrispondenti disposizioni contenute nel Capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici (D.M. 18 aprile 2000, n. 145) relative: la prima alla ritenuta dello 0,50 per cento che viene operata sull'importo degli stati avanzamento lavori, a garanzia delle eventuali inadempienze dell'appaltatore in materia contributiva; la seconda alla possibilità dell'amministrazione appaltante di sostituirsi all'appaltatore inadempiente nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente.

Il recepimento delle due disposizioni nel regolamento assicura alla stesse un campo di applicazione assai più ampio che in precedenza: mentre infatti il capitolato generale, per i soggetti aggiudicatori che non siano amministrazioni statali, si applica solo se richiamato negli atti contrattuali, il regolamento si applica direttamente a tutte le stazioni appaltanti, quanto meno nelle parti in cui contiene la disciplina esecutiva di disposizioni rientranti in ambiti di legislazione statale esclusiva.

All'**art. 6** è precisato il contenuto del **DURC** ed i casi in cui è necessaria la sua presentazione e cioè: verifica della causa di esclusione dalle gare di cui all'art. 38 del codice; aggiudicazione e stipula del contratto; pagamento dei SAL; collaudo; attestazione SOA. Il DURC è necessario anche per la valutazione dei "lavori privati", ai fini della qualificazione. Va peraltro precisato che, qualora tra la stipula del contratto ed il primo SAL, ovvero tra due SAL, trascorra un periodo superiore a 180 giorni, il DURC dovrà essere trasmesso dall'appaltatore e dai subappaltatori entro i trenta giorni successivi alla scadenza del suddetto periodo.

Sul punto va tenuto presente anche il recente decreto del Ministro del lavoro (24 ottobre 2007 pubblicato sulla G.U. del 30 novembre u.s.) che individua i casi di irregolarità contributiva non ritenuti gravi, ovvero non accertati definitivamente, e, perciò, non ostativi al rilascio del DURC (pendenza di un contenzioso amministrativo o giudiziario; scostamento tra le somme dovute e quelle versate inferiore o pari al 5%, o, comunque, inferiore a cento euro).

Tale disciplina sembra rispondere alle esigenze di chiarezza e trasparenza, nonché all'esigenza di emersione del lavoro nero, ripetutamente avanzate negli ultimi anni dall'Ance.

## **PROGETTAZIONE**

Il nuovo regolamento pone maggiore attenzione alla disciplina della progettazione, da un lato razionalizzando e specificando maggiormente la documentazione relativa alle tre fasi progettuali e relativi quadri economici, dall'altro prevedendo un complesso sistema di verifica dei progetti.

Sotto il primo profilo vanno ricordati:

- l'**art. 16** sui **quadri economici** che prevede espressamente l'accantonamento delle somme necessarie per le compensazioni dovute agli appaltatori per gli aumenti eccezionali dei materiali;
- l'**art. 26**, comma 1, secondo cui tra i documenti costituenti il progetto definitivo deve obbligatoriamente esservi una **relazione sulle interferenze** e, per ogni interferenza, la specifica soluzione del problema, con definizione dei relativi costi e tempi. La disposizione obbligherà il progettista a considerare e studiare il progetto, non soltanto nella sua impostazione generale, ma anche con specifico riferimento a tutte le situazioni che interferiscono con il progetto stesso (attraversamenti, sottoservizi, ecc.).  
Si viene, così, a responsabilizzare più significativamente il progettista dando al contempo certezze al costruttore circa gli oneri cui andrà incontro.

Si tratta di due disposizioni particolarmente significative e vantaggiose per l'attività dei costruttori, in quanto:

- 1) con la prima, viene assicurata "ab initio" la disponibilità finanziaria per l'adeguamento del prezzo dei materiali;
- 2) con la seconda, viene di fatto eliminata qualsiasi responsabilità od onere aggiuntivi per l'appaltatore (in alcune ipotesi affermate dalla giurisprudenza della Cassazione) nei casi di ritrovamento nel sottosuolo di c.d. sottoservizi.

Sempre nell'ambito delle disposizioni sulla progettazione, si ritiene utile ricordare:

- l'**art. 32**, concernente il computo metrico estimativo, nell'ambito della progettazione definitiva, che, relativamente agli elementi di composizione dei prezzi, **porta dal 15 al 17 per cento la percentuale massima delle spese generali**. Lo stesso articolo individua, espressamente elencandole, le voci di spesa che rientrano nel concetto di spese generali;
- l'**art. 39**, che, al comma 3, prevede il **quadro di incidenza della manodopera**, documento sintetico, diretto a considerare la congruità del costo del lavoro con riferimento allo specifico contratto. Il quadro definisce l'incidenza percentuale della quantità di manodopera per le diverse categorie di cui si compone l'opera e viene considerato dalla stazione appaltante anche **ai fini della valutazione dell'anomalia dell'offerta**. Sui criteri di cui il progettista deve tener conto nella redazione del quadro di incidenza della manodopera, si rinvia a quanto si dirà in relazione all'art. 196 (pag. 36).

Per quanto riguarda la **verifica dei progetti (artt. da 44 a 59)**, le nuove disposizioni stabiliscono:

- A) **le finalità della verifica** che deve accertare, tra l'altro, la completezza della progettazione, la coerenza del quadro economico e l'adeguatezza dei prezzi unitari utilizzati, l'appaltabilità della soluzione progettuale prescelta, la possibilità di ultimazione entro i termini previsti;

B) **i soggetti abilitati** ad effettuare la verifica che possono essere:

1. la struttura tecnica interna della stazione appaltante nelle seguenti ipotesi:

- per lavori di importo superiore a 20 milioni di euro, qualora l'unità tecnica interna sia stata accreditata come Organismo di ispezione dal Servizio tecnico del Consiglio superiore ll.pp. o da enti di accreditamento europei (tra i quali il Sincert);
- per lavori di importo inferiore a 20 milioni di euro, la verifica è effettuata dagli uffici tecnici interni, se dotati di sistema interno di controllo di qualità, accertato da Organismi di certificazione, oppure se il progetto è stato redatto da progettisti esterni;
- per lavori di importo inferiore a 1 milioni di euro (se si tratta di opere puntuali) o inferiore alla soglia comunitaria (se si tratta di opere a rete), la verifica è effettuata dall'ufficio tecnico interno, anche se non dotato di sistema di controllo di qualità, ovvero dal RUP (qualora non abbia redatto il progetto);

2. in alternativa, la stazione appaltante può affidare, tramite procedura di gara, la verifica dei progetti ai seguenti soggetti:

- per lavori di importo superiore a 20 milioni di euro, a organismi di ispezione accreditati da enti di accreditamento europei (tra cui il Sincert) ovvero dal Servizio tecnico centrale del Consiglio superiore ll.pp.;
- per lavori di importo inferiore a 20 milioni di euro, a professionisti, società di professionisti e società di ingegneria dotati di sistema interno di controllo di qualità accertato da organismi di certificazione;
- per lavori di importo inferiore a 1 milione di euro (se si tratta di opere puntuali) o inferiore alla soglia comunitaria (se si tratta di opere a rete), i professionisti, le società di professionisti e le società di ingegneria sono esentati dal possesso della certificazione;

C) **i criteri generali della verifica.** Tra questi assumono particolare rilievo: l'obbligo di verificare il dimensionamento dell'opera e di valutare la correttezza delle misure, operando anche a campione o per categorie prevalenti; l'indicazione di verificare che i costi parametrici assunti a base di calcolo della spesa siano coerenti con la qualità dell'opera, che i prezzi unitari di riferimento siano dedotti da prezziari aggiornati e che gli elementi del computo metrico estimativo comprendano tutte le opere previste nella documentazione prestazionale e corrispondano agli elaborati grafici; l'obbligo di accertare l'acquisizione di tutte le approvazioni ed autorizzazioni di legge previste per il livello di progettazione;

D) **la garanzia** che il soggetto incaricato della verifica deve prestare, nella forma di polizza di responsabilità civile professionale, dovuta ad errori od omissioni nello svolgimento dell'attività di verifica;

E) le attività di verifica del progetto, se danno esiti positivi, si concludono con l'atto formale di **validazione del progetto.**

La validazione è sottoscritta dal responsabile del procedimento e fa riferimento al rapporto conclusivo di verifica ed alle eventuali controdeduzioni del progettista.

Qualora il Rup dissenta rispetto agli esiti della verifica, la mancata validazione deve essere specificatamente motivata.

Si tratta di una disciplina particolarmente importante, rispondente alle esigenze più volte manifestate dall'Ance circa la completezza e correttezza della progettazione, considerato che, dall'inadeguatezza di questa, assai spesso derivano danni per il costruttore che lo costringono a defatiganti contenziosi.

Da notare, peraltro, che il sistema di verifica previsto **entrerà in funzione gradualmente**: infatti è necessario, anzitutto, un decreto del Ministro delle infrastrutture (da adottarsi entro 6 mesi l'entrata in vigore del regolamento) che disciplini le modalità e le procedure di accreditamento per gli organismi di ispezione e di accertamento del sistema interno di qualità da parte degli organismi di certificazione.

Inoltre, ai fini della verifica effettuata all'interno della stazione appaltante, gli uffici tecnici di questa sono esentati dal possesso del sistema di controllo interno per un periodo di tre anni.

Tuttavia, anche nel periodo transitorio, i verificatori dovranno attenersi ai criteri ed alle operazioni indicati nel regolamento ed è da ritenere che sia già operante l'obbligo della polizza di responsabilità professionale.

Una volta effettuata la validazione, si avvia la fase di affidamento dei lavori.

Per quanto riguarda **l'acquisizione dei pareri sul progetto** (acquisizione che, come detto, è anch'essa oggetto di verifica), l'**art. 58** del regolamento ribadisce la possibilità di utilizzare la conferenza dei servizi.

Si sottolinea, peraltro, la disposizione secondo cui, in caso di affidamento mediante appalto di progettazione ed esecuzione del progetto preliminare o di concessione, **la conferenza di servizi è convocata sulla base del progetto preliminare**, così come previsto anche dall'art. 14 bis della legge 7 agosto 1994, n. 241.

## QUALIFICAZIONE

La parte del nuovo regolamento relativa al sistema di qualificazione è quella che presenta maggiori innovazioni, che si possono raggruppare secondo **tre linee di intervento**.

### A) Le SOA

Una serie di disposizioni tende a rendere maggiormente selettivi i **requisiti delle SOA** ed a rafforzare **il potere sanzionatorio dell'Autorità** nei loro confronti:

## ***Art. 65 - Requisiti SOA***

Viene richiesto, ai fini dell'autorizzazione, un valore del capitale sociale innalzato ad 1 milione di euro ed il patrimonio netto pari al capitale sociale; è previsto inoltre l'obbligo di certificazione del bilancio da parte di società di revisione (comma 2).

Viene espressamente sancito il divieto per le SOA, pena la revoca dell'autorizzazione, di erogare servizi di qualsiasi natura, direttamente, ovvero a mezzo di società collegate e convenzionate (comma 3).

Infine, viene aggiunta al novero dei requisiti generali previsti per lo svolgimento dell'attività di attestazione, anche l'ipotesi relativa al non aver utilizzato, ai fini della qualificazione delle imprese, documentazione non veritiera presentata dalle imprese stesse.

## ***Art. 66, comma 7 - Partecipazioni azionarie***

Il potere di veto dell'Autorità circa l'autorizzazione alla partecipazione azionaria nel capitale SOA, previsto per i soggetti indicati al comma 1 (amministrazioni aggiudicatrici, organismi di certificazione della qualità, affidatari di contratti pubblici, progettisti, nonché Regioni e Province Autonome), viene esteso anche a chiunque possa influire sulla corretta gestione della SOA o possa comunque comprometterne l'indipendenza.

Si tratta di una previsione che, non precisando quali siano le circostanze in presenza delle quali debba operare il predetto effetto preclusivo, attribuisce un'ampia discrezionalità all'Autorità di vigilanza.

## ***Art. 70, comma 3 - Promozione commerciale***

Viene stabilito il divieto di utilizzare soggetti esterni per l'attività di promozione commerciale, che può essere svolta unicamente da personale dipendente con contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato.

## ***Art. 72 - Coordinamento della vigilanza sull'attività delle SOA***

Si dispone che, al fine di garantire un'efficace azione di vigilanza sull'attività delle SOA ed un'armonizzazione dei flussi informativi, la circolazione dei dati rilevanti fra i soggetti titolari della funzione di vigilanza debba avvenire esclusivamente in forma telematica, con modalità tecniche da fissarsi con apposito decreto del Ministero delle Infrastrutture.

## ***Art. 73, commi 1, 2, 3, 4, 8 e 9 - Sanzioni pecuniarie nei confronti delle SOA – Sospensione e revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione***

Viene introdotta una graduazione delle sanzioni a carico delle SOA, secondo la gravità dell'inadempimento (sanzioni amministrative pecuniarie; sospensione dell'autorizzazione fino ad un massimo di 180 giorni; revoca dell'autorizzazione). Ciò renderà effettivo il potere sanzionatorio dell'Autorità, consentendole di irrogare sanzioni proporzionate alle violazioni commesse (commi 1, 2, 3 e 4).

Inoltre, viene disciplinato nel dettaglio il procedimento, con la relativa tempistica, che ha luogo nell'ipotesi di sospensione o revoca alla SOA dell'autorizzazione all'attività di attestazione, ovvero di fallimento o cessazione di attività della SOA stessa. In tal caso è stabilito che la SOA debba tempestivamente informare le imprese da essa precedentemente attestate, perché queste possano indicare altre SOA cui trasferire la documentazione che le riguarda.

## **B) La qualificazione delle imprese**

Altre innovazioni riguardano più direttamente la **qualificazione delle imprese**. Le modifiche tendono a contenere sostanzialmente i requisiti che le imprese devono dimostrare ai fini dell'attestazione:

### ***Art. 61, comma 4 - Categorie e classifiche***

Si introducono due classifiche intermedie: III bis, che consente di qualificarsi per lavori fino a 1.500.000 euro e IV bis che consente di qualificarsi per lavori fino a 3.500.000 euro.

Detta misura consente un'estensione dell'attività delle imprese medio-piccole, posto che, nel vigente sistema di qualificazione, ad esempio, per eseguire lavori di importo pari a 1.500.000 euro, occorre una classifica IV, commisurata all'importo di 2.582.000 euro.

Vengono inoltre arrotondati gli importi di tutte le classifiche previste.

### ***Art. 61, comma 6 - Qualificazione dei lavori di importo superiore a 20.658.000 euro***

È ridotto (da 3 a 2,5 volte l'importo a base di gara) l'ammontare della cifra d'affari necessaria per partecipare a gare di importo superiore a 20.658.000 euro.

La misura produrrà innegabili vantaggi a favore delle imprese di medie dimensioni ed anche a favore delle piccole che intendano concorrere in ATI.

### ***Art. 70, comma 4 - Tariffe relative ai consorzi stabili***

Viene prevista un'agevolazione per la qualificazione dei consorzi stabili, nel senso che il corrispettivo spettante alle SOA per il rilascio della relativa attestazione è ridotto del 50% rispetto alla tariffa applicata alle imprese singole.

### ***Art. 78, commi 1 e 2 - Requisiti di ordine generale***

Si dispone che i requisiti di ordine generale occorrenti per il rilascio dell'attestazione siano quelli stabiliti dall'art. 38, commi 1 e 3, del Codice dei contratti.

Si prevede, inoltre, che le SOA, nell'esercizio dell'attività di attestazione, acquisiscano il certificato del casellario giudiziale nella forma integrale, attraverso la consultazione diretta del sistema, ai sensi dell'art. 39 del D.P.R. n. 313/2002.

## **Art. 79, commi 8 e 16 - Requisiti di ordine speciale**

Si consente che il valore delle attrezzature, non inferiore al 2% della cifra di affari necessaria per conseguire l'attestazione, sia costituito per il 60% da mezzi d'opera in noleggio (attualmente il 50%).

Per quanto concerne la qualificazione nella categoria OG11, viene stabilito che l'impresa debba dimostrare di possedere, per le categorie di opere specializzate OS3 e OS5, almeno il 50% dei requisiti di ordine speciale previsti in rapporto alla classifica richiesta, mentre, per le categorie OS28 e OS30, almeno il 70% degli stessi.

Si precisa, poi, che l'impresa qualificata nella OG11 è abilitata ad eseguire lavori anche nelle categorie OS3, OS5, OS28 e OS30, per la classifica corrispondente a quella posseduta; inoltre, viene puntualizzato che i certificati di esecuzione di lavori relativi alla categoria OG11 possono essere utilizzati unicamente per la qualificazione in tale categoria.

Tale previsione recepisce le indicazioni della prevalente giurisprudenza, che ha ritenuto possibile l'esecuzione delle lavorazioni relative agli impianti, singolarmente considerati dalle categorie OS3, OS5, OS28 e OS30, da parte di imprese qualificate anche nella sola OG11.

Viene, peraltro, chiarito che la categoria OG11 possa essere individuata nella fase di progettazione - nonché richiesta in un bando di gara - solo qualora sia presente un insieme coordinato di lavorazioni riferibili ad almeno tre categorie specializzate tra quelle individuabili nella OS3, OS5, OS28 e OS30; ed inoltre, l'importo di ciascuna di tali categorie sia almeno pari ad una percentuale dell'ammontare totale delle lavorazioni attinenti alla OG11 così ripartita:

cat. OS 3:	10%
cat. OS 5:	5%
cat. OS 28:	25%
cat. OS 30:	25%

Sempre in tema di categoria OG11, va rilevata anche la nuova declaratoria contenuta nell'allegato A del regolamento secondo cui la categoria si riferisce ad un insieme di impianti tecnologici tra loro coordinati ed interconnessi funzionalmente, **non eseguibili separatamente**, di cui alle categorie di opere specializzate individuate con l'acronimo OS3, OS5, OS28 e OS30.

La nuova definizione, più coerente con la caratteristica di una categoria generale, dovrebbe indurre le stazioni appaltanti a richiedere detta categoria meno frequentemente, facendo invece riferimento alle singole categorie specializzate.

Il fenomeno è però compensato dalla già ricordata disposizione che consente alle imprese qualificate nella categoria OG11 di partecipare a gare per le quali si richieda la qualificazione nelle singole categorie specialistiche.

Infine, relativamente alla categoria OG11, occorre richiamare l'attenzione sulla disposizione transitoria di cui all'art. 356, comma 12, secondo cui le attestazioni relative a tale categoria,

rilasciate nella vigenza del D.P.R. n. 34/2000, cessano di avere validità a decorrere dal centottantunesimo giorno dalla data di entrata in vigore del nuovo regolamento. La stessa sorte è riservata agli attestati relativi alle categorie OG10, OS2, OS7, OS8, OS12, OS18, OS20, OS21. Le attestazioni relative alle rimanenti categorie, invece, conservano validità fino alla naturale scadenza.

Per quanto riguarda la categoria OS12, invece, viene eliminato, a partire dal 1° gennaio 2008, il requisito di qualificazione relativo alla proprietà dello stabilimento di produzione dei beni oggetto di tale categoria. Si tratta di un risultato positivo che consegue ad una prolungata ed incisiva azione dell'Ance.

La categoria in esame peraltro viene suddivisa in: OS12-A (barriere stradali di sicurezza) ed OS12-B (barriere paramassi, fermaneve e simili).

Con particolare riferimento alla OS12-A viene chiarito che per i lavori aggiudicati o subappaltati in tale categoria, le imprese, a decorrere dal 1° gennaio 2008, debbano presentare una dichiarazione del produttore dei beni oggetto della categoria attestante il corretto montaggio ed installazione degli stessi (comma 17).

Circa i lavori relativi alle categorie OG2, OS2-A, OS2-B ed OS25, si prevede, poi, che, con apposito decreto ministeriale, previsto dall'art. 201, comma 3, del codice, vengano introdotte forme di verifica semplificata dei requisiti, volte ad agevolare l'accesso alla qualificazione delle imprese artigiane (comma 19).

Infine, viene stabilito che, per la qualificazione nelle categorie specializzate, l'impresa debba dimostrare, attraverso l'estratto autentico del libro matricola, che nel proprio organico sia presente personale operaio qualificato – ovvero assunto con contratto di lavoro subordinato e munito di patentino certificato – in numero crescente a seconda della classifica di qualificazione. Tale requisito può essere richiesto solo qualora i contratti collettivi nazionali di lavoro prevedono la figura dell'operaio qualificato con patentino certificato.

### ***Art. 80 - Incremento convenzionale premiante***

La vigente normativa prevede un incremento convenzionale della cifra d'affari e dell'importo dei lavori eseguiti (analoghi e di punta) da attribuire alle imprese aventi determinati requisiti (patrimonio netto pari al 5% della cifra d'affari media annua dell'ultimo quinquennio ed altri requisiti tra cui quelli relativi al personale ed attrezzature non inferiori ai minimi stabiliti).

La nuova disposizione prevede un incremento ancora maggiore nell'ipotesi in cui l'impresa, sussistendo tutti gli altri requisiti, abbia un patrimonio netto pari o superiore al 10% della cifra d'affari media annuale dell'ultimo quinquennio, con la conseguenza di una premialità superiore di circa il 30% in termine di maggiore fatturato figurativo e lavori.

Si tratta di una misura volta a favorire le imprese strutturate e maggiormente patrimonializzate.

Viene, poi, definitivamente chiarito che il beneficio premiale possa applicarsi anche alle ditte individuali ed alle società di persone, che documentino i requisiti di premialità mediante l'esibizione del libro degli inventari o del bilancio di verifica, riclassificato e vidimato da un professionista abilitato (comma 2).

In passato, infatti, tale possibilità non era pacifica, in quanto la norma, letteralmente, si riferiva ai bilanci delle società di capitali.

Infine, viene precisato che l'incremento premiale possa essere utilizzato anche in caso di cessione o conferimento dell'intera azienda (comma 4).

**Tra le disposizioni che riguardano direttamente le imprese sono ancora da ricordare:**

### ***Art. 79, comma 7 - Attestazione per progettare ed eseguire***

In relazione all'attestazione per progettare ed eseguire, la disposizione, rinviando al successivo art. 92, comma 5, precisa che, per l'esecuzione di appalti di progettazione e costruzione ovvero di concessioni, è necessario che lo staff tecnico dell'impresa possieda i requisiti richiesti per i progettisti; altrimenti l'impresa, pur attestata per progettazione ed esecuzione, deve associare o indicare in sede di offerta un progettista qualificato.

Va in proposito sottolineato che, relativamente ai requisiti previsti per i progettisti, l'art. 275 del nuovo regolamento li rende meno rigorosi rispetto a quelli stabiliti dal D.P.R. n. 554/1999, così facilitando le imprese di costruzione, sia nell'acquisizione di questa specifica forma di qualificazione, sia nel costituire Ati con professionisti.

### ***Art. 88 - Avvalimento***

La disposizione disciplina le modalità con cui viene applicato l'istituto dell'avvalimento in sede di attestazione SOA.

A tal proposito, si ricorda che la qualificazione SOA mediante avvalimento è possibile solo laddove fra l'impresa ausiliaria e quella ausiliata sussista un rapporto di controllo, ai sensi dell'art. 2359, commi 1 e 2, del codice civile; oppure quando entrambe le imprese siano controllate da una stessa impresa.

Su tali presupposti, la norma in commento precisa quanto segue:

- a) l'impresa ausiliaria assume l'obbligo di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell'impresa ausiliata, per tutto il periodo di validità dell'attestazione SOA;
- b) l'impresa ausiliata deve possedere, in proprio, i requisiti generali, mentre può dimostrare la presenza di quelli speciali (ovvero quelli economico-finanziari e tecnico-organizzativi) anche mediante i requisiti resi disponibili dall'impresa ausiliaria.

È, poi, fatto obbligo all'impresa ausiliaria ed a quella ausiliata di comunicare alla SOA ed all'Autorità (entro 15 gg.) l'eventuale venir meno del rapporto di controllo, nonché le circostanze che abbiano fatto cessare la messa a disposizione delle risorse oggetto di

avvalimento; entro i successivi 15 gg., la SOA deve provvedere a revocare l'attestazione dell'impresa ausiliata.

Infine, viene disposto che, per l'attestazione mediante avvalimento, venga utilizzato dalle SOA uno specifico modello predisposto ed approvato dall'Autorità, da cui emerga il ricorso all'avvalimento stesso.

### ***Art. 90 - Requisiti per i lavori pubblici di importo pari od inferiore a 150.000 euro***

Circa la qualificazione per i lavori pubblici di importo pari od inferiore a 150.000 euro, con particolare riferimento al requisito relativo ai lavori eseguiti, viene disposto che detti lavori debbano avere natura **analoga** a quelli oggetto dell'appalto cui l'impresa intenda partecipare [comma 1, lett. a)] (il testo dell'art. 28 del D.P.R. n. 34/2000 parla genericamente di lavori eseguiti inducendo così al dubbio se essi debbono avere o meno natura analoga a quelli oggetto dell'appalto).

Inoltre, la norma dispone che, per tale fascia d'importo, le imprese in possesso dell'attestazione SOA relativa ai lavori da eseguire non siano tenute a comprovare i requisiti con elementi probatori diversi dall'attestazione stessa.

### ***Allegato A – Categorie di qualificazione***

Le categorie di qualificazione risultano così modificate:

- la declaratoria della categoria OG10 viene integrata con ulteriori lavorazioni, quali la costruzione, manutenzione e ristrutturazione degli impianti di pubblica illuminazione da realizzare all'esterno degli edifici;
- la declaratoria della categoria OG11 viene ridefinita alla luce delle modifiche contenute nell'art. 79, comma 16, dello stesso regolamento (vedi sopra);
- la categoria OS2 viene sdoppiata nella categoria OS2-A (superfici decorate di beni immobili del patrimonio culturale e beni culturali mobili di interesse storico, artistico, archeologico ed etnoantropologico) ed OS2-B (beni culturali mobili di interesse archivistico e librario);
- la categoria OS7 (finiture di opere generali di natura edile e tecnica) comprende ora la (ex)categoria OS8 (finiture di opere generali di natura tecnica); nella attuale categoria OS8, invece, sono comprese le opere di impermeabilizzazione;
- la categoria OS12 (barriere e protezioni stradali) è stata suddivisa nella categoria OS12-A (barriere stradali di sicurezza) ed OS12-B (barriere paramassi, fermaneve e simili), entrambe a qualificazione obbligatoria;
- la categoria OS18 (componenti strutturali in acciaio o metallo) è stata suddivisa nella categoria OS18-A (componenti strutturali in acciaio) ed OS18-B (componenti per facciate continue) entrambe a qualificazione obbligatoria;
- la categoria OS20 comprende ora anche l'esecuzione delle indagini geognostiche, prima contemplate nella categoria OS21, dalla quale tali lavorazioni sono state conseguentemente espunte;
- viene introdotta una nuova categoria, denominata OS35, concernente gli interventi a basso impatto ambientale, a qualificazione obbligatoria.

## C) Controlli delle SOA

Infine, un ulteriore gruppo di nuove disposizioni è caratterizzato dalla comune finalità di rendere effettivo e maggiormente stringente il **controllo delle SOA (ed in seconda battuta dell’Autorità) sulla sussistenza dei requisiti delle imprese** necessari per ottenere l’attestazione:

### **Art. 62, commi 4 e 5 - Sistema di qualità aziendale**

Si dispone che i soggetti accreditati a rilasciare la certificazione di qualità aziendale abbiano l’obbligo di comunicare all’Autorità, entro 5 giorni, la revoca della relativa certificazione al fine di un suo inserimento nel casellario informatico; la stessa comunicazione va altresì inviata alla SOA.

Inoltre, viene precisato che la regolarità dei certificati di qualità debba essere verificata dalla SOA avvalendosi del collegamento informatico con gli elenchi ufficiali tenuti all’EA (European Cooperation for Accreditation).

### **Art. 70, commi 1 e 2 - Verifica dei requisiti**

Il comma 1 puntualizza che la SOA, nello svolgimento della propria attività, debba non solo verificare la veridicità e la sostanza delle dichiarazioni, delle certificazioni e della documentazione presentate dalle imprese, ma anche il permanere dei requisiti generali utilizzati per il rilascio delle attestazioni.

La norma va presumibilmente correlata alle disposizioni di cui all’art. 40 del D.Lgs n. 163/2006 ed a quelle dello stesso regolamento (art. 77) relative alla verifica triennale delle attestazioni: è, infatti, in tale occasione che le SOA procedono alla verifica, fra l’altro, dei requisiti di carattere generale, che, inoltre, vanno dimostrati anche in occasione di ogni singola gara.

Le nuove norme consentono, poi, alle SOA l’acquisizione di dati relativi ai bilanci ed all’organizzazione delle imprese anche dalla banca dati presso le camere di commercio.

### **Art. 71, comma 3 - Sospensione e/o annullamento delle attestazioni**

La disposizione dà attuazione all’art. 6, comma 7, lett. m) del Codice dei contratti, disciplinando nel dettaglio il procedimento attraverso il quale l’Autorità può sospendere o annullare, in caso di constatata inerzia della SOA, le attestazioni rilasciate in difetto dei presupposti stabiliti dalle norme vigenti.

### **Art. 74 - Sanzioni per violazione da parte delle imprese degli obblighi di informazione**

Sono previste sanzioni (pecuniarie, ovvero sospensione o revoca dell’attestazione) a carico dell’impresa che non risponda alla richiesta di documentazione da parte della SOA ai fini della verifica dei requisiti, nonché alle richieste dell’Autorità, ai sensi dell’art. 6, comma 9, del Codice dei contratti, in merito ai lavori in corso o da iniziare.

Le sanzioni sono sempre applicate dall’Autorità, direttamente o su segnalazione della SOA.

## ***Art. 75 - Attività delle SOA – controlli***

Viene introdotto un potere di iniziativa delle SOA in ordine alla verifica di attestazioni rilasciate da altre SOA, mediante richiesta di documentazione direttamente all’impresa coinvolta. Detto potere trova fondamento nella qualificazione della SOA quale soggetto che svolge funzioni di natura pubblicistica (art. 40, c. 3 codice). In caso di mancato riscontro dei requisiti la SOA informa l’Autorità che, a seguito di propria valutazione, revoca l’attestazione e sanziona la SOA che l’ha rilasciata.

## ***Art. 76, comma 10, 11 e 12 - Domanda di qualificazione***

Viene chiarito che, in caso di requisiti acquisiti mediante cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, il soggetto richiedente l’attestazione presenta alla SOA perizia giurata (presumibilmente **concernente la reale ed effettiva consistenza del complesso di beni consistenti** nell’azienda trasferita) redatta da un soggetto nominato dal tribunale (comma 10).

Viene, poi, stabilito che, nell’ipotesi in cui, ai fini della qualificazione, si ricorra all’istituto della cessione d’azienda o del ramo d’azienda, la SOA sia tenuta ad accertare che, con l’atto di cessione, vengano trasferiti all’impresa cessionaria tutti i requisiti speciali (vale a dire quelli economico-finanziari e tecnico-organizzativi) che hanno dato luogo all’attestazione dell’impresa cedente. In tale eventualità, peraltro, l’impresa cedente non può chiedere alla SOA una nuova attestazione prima che siano trascorsi 5 anni dalla cessione (comma 11).

Infine, viene previsto che gli atti di fusione od altra operazione che comportino il trasferimento dell’azienda o di un suo ramo siano depositati dalle imprese entro 30 giorni presso l’Autorità nonché presso la Camera di commercio, industria e artigianato, per la relativa iscrizione nel registro delle imprese (comma 12).

## ***Art. 77 - Verifica triennale***

Al comma 1 della disposizione in esame viene precisato che **almeno 90** (in precedenza 60) giorni prima della scadenza del termine triennale, per la verifica intermedia l’impresa debba stipulare il contratto per la revisione dell’attestazione; si puntualizza, altresì, che la data di stipula del contratto non possa essere comunque **antecedente** a 90 giorni dalla scadenza della verifica triennale.

Viene poi precisato che, qualora l’impresa si sottoponga a verifica dopo la scadenza del triennio di validità dell’attestazione, la stessa non può partecipare alle gare nel periodo intercorrente tra la scadenza del triennio e l’effettuazione della verifica con esito positivo.

Nel caso in cui la SOA sia sottoposta a provvedimento di sospensione o revoca, l’impresa può essere verificata da altra SOA, cui la SOA interdetta deve trasmettere la documentazione occorrente entro 15 giorni.

Il comma 3, inoltre, dispone che i termini previsti per il completamento della verifica siano pari 45 giorni (precedentemente 30), a decorrere dalla stipula del contratto, prevedendo altresì la possibilità – prima non presente - di una sospensione del procedimento, per un periodo non superiore a 45 giorni, al fine di acquisire ulteriori chiarimenti; in ogni caso, il termine ultimo per completare la procedura non può superare i 90 giorni dalla data di stipula del contratto di revisione.

Al comma 6 viene precisato invece, che le categorie su cui dovrà eventualmente essere effettuata la revisione, in quanto non si riscontrino i necessari requisiti, debbano essere indicate dall'impresa all'atto della stipula del contratto di verifica triennale.

Infine, al comma 7, è disposto che, ove la verifica triennale sia compiuta dopo la scadenza del triennio, l'efficacia della stessa decorra dalla data di adozione (in precedenza dalla comunicazione all'impresa) della verifica stessa.

### ***Art. 79, comma 18 - Revoca dell'attestazione per falsa documentazione***

Si prevede che, laddove l'impresa abbia prodotto alla SOA certificati di esecuzione lavori falsi, ciò comporti la revoca dell'attestazione, ancorché si tratti di certificazione ininfluente sull'acquisizione della specifica categoria richiesta.

Con tale disposizione si recepisce un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, seguito anche dall'Autorità, secondo cui la falsità di un documento inficia di per sé l'attestazione.

### ***Art. 83, commi 6, 7 e 8 - Certificati di esecuzione***

Viene istituito l'obbligo per le SOA di trasmettere all'Autorità i certificati di lavori effettuati per committenti privati o in proprio, affinché l'Autorità provveda ai controlli a campione.

Si dispone poi che, qualora le SOA, nell'attività di attestazione, verificano l'esistenza di certificati di lavori non presenti nel casellario informatico, debbano darne comunicazione sia ai soggetti committenti, sia all'Autorità, per l'adozione dei provvedimenti del caso; viene altresì chiarito che tali certificati non sono utilizzabili fino al loro inserimento nel casellario informatico (comma 7).

Infine, viene chiarito che, in sede di attestazione, i lavori eseguiti possono essere comprovati unicamente attraverso i certificati di esecuzione lavori - rilasciati dai committenti e da questi non disconosciuti - e non anche mediante la documentazione contabile relativa ai lavori stessi.

### ***Art. 84 - Lavori eseguiti all'estero***

Per certificati dei lavori eseguiti all'estero si prevede una verifica da parte del Ministero affari esteri che provvede ad inserirli nel casellario informatico presso l'Osservatorio.

## **Art. 86, commi 1, 6, 7 e 8 - Criteri di valutazione dei lavori eseguiti**

Per quanto riguarda i **lavori effettuati per conto di committenti tenuti all'applicazione della normativa pubblicistica**, si segnala una maggiore responsabilizzazione del responsabile del procedimento: se infatti quest'ultimo rilascia un certificato di esecuzione dei lavori per categorie diverse da quelle previste nel bando di gara, è soggetto ad una sanzione pecuniaria. Alla stessa sanzione è soggetta la SOA che attribuisca qualificazione difforme dal contenuto del certificato di esecuzione lavori.

Circa i **lavori eseguiti in proprio**, viene stabilito che le relative dichiarazioni debbano essere corredate dal permesso a costruire o D.I.A. relativi all'opera realizzata (ed ove richiesta, anche copia autentica del progetto approvato), nonché dalla copia del certificato di regolare esecuzione, rilasciato dal direttore dei lavori (comma 6).

Con riferimento ai **lavori per i quali il committente non sia tenuto all'applicazione del codice**, oltretutto a quelli eseguiti in proprio, viene previsto che l'impresa sia tenuta a presentare:

- a) nel caso di lavori afferenti ad edilizia abitativa, la certificazione di esecuzione dei lavori rilasciata dal committente originario, corredata dalla sottoscrizione del direttore lavori; tali soggetti diventano responsabili anche dell'indicazione degli eventuali subappaltatori (i quali dovranno altresì presentare copia del contratto di subappalto stipulato)
- b) nel caso di lavori diversi dall'edilizia abitativa, la certificazione rilasciata dal committente e sottoscritta dal direttore tecnico (comma 7).

Peraltro, viene posto a carico della SOA l'obbligo di segnalare all'Autorità eventuali incongruenze riscontrate nei certificati di esecuzione prodotti dalle imprese ai fini della qualificazione.

## **Art. 91 - Revoca dell'attestazione di qualificazione**

Viene disposto che, in caso di revoca dell'attestazione di qualificazione adottata dalla SOA ovvero dall'Autorità, quest'ultima debba darne pubblicità nel casellario informatico (parimenti, nell'ambito del sistema di qualificazione del contraente generale, in caso di revoca dell'attestazione, il Ministero delle infrastrutture provvede a darne pubblicità nel proprio sito) (comma 1).

Nell'ipotesi di intervenuta revoca dell'attestazione per falsa documentazione o di dichiarazioni mendaci, l'art. 135, comma 1 bis, del Codice dei contratti pubblici prescrive che le stazioni appaltanti procedano alla risoluzione del contratto. Al fine di dare attuazione a tale disposizione, l'art. 91, comma 2, del regolamento impone alle stazioni appaltanti di verificare, durante l'esecuzione dei lavori, tramite il casellario informatico dell'Autorità ed il sito del Ministero, che non sia intervenuta detta revoca.

**Nell'ambito delle disposizione in tema di controllo sui requisiti, si inquadrano anche le seguenti innovazioni:**

## **Art. 8 – Casellario informatico**

Il Casellario informatico viene suddiviso in tre sezioni distinte, contenenti dati relativi agli operatori economici per l'esecuzione dei lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi.

La sezione relativa ai lavori viene suddivisa in due subsezioni, concernenti sia le imprese qualificate che quelle non qualificate.

Rispetto alle previgenti disposizioni, si prevede che debbano essere inserite in casellario ulteriori informazioni e documentazioni, tra le quali si segnalano le seguenti:

- gli eventuali provvedimenti interdittivi a contrarre con la pubblica amministrazione, nonché preclusivi dalla partecipazione alle gare, di cui all'art. 36 bis, comma 1, del D.L. n. 223/2006, convertito, con modificazioni, nella legge n. 248/2006 (a tal proposito, si ricorda che la norma ora citata dispone la sospensione dalla possibilità di partecipare alle gare, per un periodo pari alla durata della sospensione del cantiere e comunque non superiore ai due anni, nell'ipotesi in cui, a seguito di ispezione in cantiere, venga accertato l'impiego, da parte di un'impresa, di lavoratori "in nero" in misura pari o superiore al 20% del personale in regola) (comma 1, lett. p);
- le eventuali sanzioni pecuniarie adottate nei riguardi delle imprese che abbiano violato l'obbligo di fornire le informazioni richieste dall'Autorità, o le abbiano fornite in maniera non veritiera (comma 1, lett. t);
- l'elenco dei direttori tecnici delle imprese attestate dalle SOA, al fine di garantire il rispetto dell'unicità di incarico (comma 2, lett. u);
- le imprese ausiliate, ai sensi dell'art. 49 del Codice dei contratti, in possesso dell'attestato SOA, nonché l'elenco dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi messi a disposizione dall'impresa ausiliaria;
- i certificati di esecuzione relativi sia ai lavori pubblici che a quelli privati [comma 3, lett b) e g)];
- le dichiarazioni relative ad eventuali rapporti di avvalimento, ai sensi dell'art. 49, comma 2, del Codice dei contratti, rese "gara per gara";
- le eventuali revoche delle attestazioni SOA;
- le eventuali sanzioni pecuniarie irrogate alle SOA, nell'ipotesi in cui venga accertato dall'Autorità che le stesse abbiano svolto l'attività di attestazione in violazione degli obblighi posti a loro carico (comma 9);

Relativamente ai certificati di esecuzione lavori, si precisa infine che gli enti committenti debbono provvedere alla loro trasmissione al casellario informatico entro 30 giorni dalla relativa richiesta da parte dell'appaltatore e del subappaltatore e che le SOA devono trasmettere i certificati dei lavori privati entro 30 giorni dal rilascio dell'attestazione; in

caso di inadempienza da parte delle stazioni appaltanti o delle SOA, è prevista l'irrogazione di sanzioni pecuniarie (commi 7 e 8).

**Le innovazioni sopra ricordate in materia di qualificazione appaiono assai significative e rispondono in buona misura ad esigenze più volte manifestate dall'ANCE nelle sedi istituzionali.**

Infatti:

- 1. vengono resi più rigorosi i requisiti delle SOA ed i controlli nei confronti delle stesse da parte dell'Autorità; ciò determinerà, probabilmente, una sensibile riduzione del fenomeno delle qualificazioni rilasciate con larghezza di valutazioni e restringerà l'ambito degli operatori economici a quelli effettivamente idonei;**
- 2. viene favorita la piccola e media imprenditoria che, come è noto, è quella che più ha risentito della crisi degli appalti degli ultimi anni;**
- 3. vengono favorite nella qualificazione le imprese maggiormente strutturate sotto il profilo del patrimonio netto che così acquista maggiore rilevanza rispetto al fatturato.**

\* \* \*

## **SOGGETTI ABILITATI AD ASSUMERE LAVORI**

### *Artt. 92 e 93 - Associazioni temporanee d'impresa*

In materia di associazione temporanea di imprese di tipo orizzontale, il secondo comma dell'art. 92, modificando la previgente disposizione, chiarisce definitivamente che i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara debbano essere posseduti dalla mandataria – o da una impresa consorziata – e dalla mandante – o da altra impresa consorziata - rispettivamente nella misura minima del 40% (per la mandataria o consorziata) e del 10% (per ciascuna mandante o consorziata) con riferimento **all'importo dei lavori**. Con ciò, viene superato il dubbio interpretativo, presente nella normativa ora abrogata, secondo cui, in caso di raggruppamento fra imprese, i requisiti richiesti alla mandataria ed alla/e mandante/i, dovevano essere rapportati, anziché all'importo dei lavori, al livello di qualificazione richiesto alla singola impresa.

Inoltre, il penultimo capoverso del secondo comma, dopo aver confermato i requisiti minimi di qualificazione richiesti per la mandataria (40%) e per le mandanti (10%), prevede che i lavori debbano essere eseguiti dalle imprese associate “nella percentuale corrispondente alle quote di partecipazione, **nel rispetto delle percentuali minime**” sopra dette.

Tale disposizione, pur nella sua formulazione non chiara, sembra voler specificare che i concorrenti riuniti debbano eseguire i lavori nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, ma pur sempre nei limiti della quote minime previste ai fini della qualificazione. Ciò significa che la capogruppo deve eseguire almeno il 40% dei lavori e le mandanti il 10%.

La previsione introduce una rigidità eccessiva nell'organizzazione e suddivisione dei lavori tra le imprese riunite, in quanto non consente la possibilità di redistribuzione delle quote di esecuzione, pur nel rispetto della qualificazione posseduta da ciascuna impresa associata.

Pertanto, si segnala che, nell'ipotesi in cui le imprese raggruppate decidano di costituire, dopo l'aggiudicazione, una società per l'esecuzione totale o parziale dei lavori, il comma 4 dell'art. 93 del nuovo regolamento, innovando rispetto alla previgente versione della norma, dispone che tutte le imprese riunite debbano far parte della società in esame, **nella medesima percentuale di appartenenza al raggruppamento.**

Pertanto, se, ai sensi del sopra citato art. 92 del nuovo regolamento, le quote di partecipazione al raggruppamento devono rispettare almeno le quote minime previste ai fini della qualificazione (40% per la mandataria e 10% per ciascuna mandante), ne consegue che le quote di partecipazione alle società costituite per l'esecuzione dei lavori dovranno corrispondere, in termini percentuali, a quelle di appartenenza all'ATI, come sopra definite.

#### **Art. 94 - Consorzi stabili**

Per quanto concerne la responsabilità dei singoli consorziati di un consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante, il nuovo regolamento elimina il riferimento alla natura sussidiaria della stessa.

Tale innovazione, allineando la disciplina regolamentare con la disposizione di cui al primo comma dell'art. 36 del Codice dei contratti, chiarisce che l'amministrazione, laddove voglia far valere tale responsabilità, possa agire direttamente nei confronti di tutti i consorziati, **esecutori e non**, in virtù del rapporto di solidarietà che lega gli stessi.

Il comma 4 dell'art. 94, invece, prevede che alle imprese consorziate si applichino le disposizioni previste in materia di ATI dall'art. 37 del Codice dei contratti, nonché quelle previste dall'art. 92 del nuovo regolamento per quanto riguarda le imprese mandanti.

Al di là del richiamo alla norma del Codice dei contratti in tema di raggruppamenti e consorzi ordinari di imprese – di per sé molto generico e quindi non pienamente comprensibile nella sua effettiva portata – la norma in commento riprende una disposizione, presente nel precedente Regolamento, ai sensi della quale le imprese consorziate debbono possedere i requisiti di qualificazione nella misura prevista per le imprese mandanti nelle ATI orizzontali (ossia almeno il 10% dell'importo dei lavori) (art. 97, comma 4, ultimo periodo).

Tale precisazione sembrerebbe lasciare intendere che, ai fini della qualificazione SOA del consorzio, le singole consorziate debbano possedere un'attestazione d'importo pari ad almeno il 10% dell'attestazione che verrà attribuita al consorzio stesso, nelle categorie considerate.

## ***Art. 96 - Requisiti del promotore ed attività di asseverazione***

In tema di finanza di progetto, il comma 3 dell'art. 96 chiarisce che il momento in cui il promotore è tenuto a dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione – che, com'è noto, sono quelli stabiliti dall'art. 95 per il concessionario – è quello dell'indizione della gara, (*rectius*: della pubblicazione del bando).

Peraltro, sembra corretto ritenere che la gara cui si fa riferimento sia quella che si svolge sulla base della proposta del promotore, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La disposizione in esame, infine, precisa anche i contenuti e gli elementi sui quali si deve svolgere l'attività di asseverazione del piano economico e finanziario, presentato dal promotore all'atto della proposta, ad opera di un istituto di credito o da società di servizi, costituite da istituti di credito, iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari ai sensi dell'art. 106 del T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia, ovvero da parte di una società di revisione ai sensi dell'art. 1 della legge n. 1966/1939.

## **SISTEMI DI REALIZZAZIONE E GARE**

### ***Art. 105 - Appalti a corpo e a misura***

In tema di appalti a corpo e a misura, la norma in esame desta perplessità sul piano tecnico-giuridico, in quanto sembra porsi in contrasto con la norma del codice (art. 53, comma 4) che rimette all'apprezzamento generale dell'amministrazione se stipulare il contratto di appalto con la modalità a corpo o a misura, in relazione alle caratteristiche del singolo appalto.

La norma regolamentare, al contrario, **esclude la possibilità dei contratti a misura nei casi di appalto integrato**, di cui all'articolo 53, comma 1, lett. b) e c) del codice, e **nel caso degli appalti di sola esecuzione, ad eccezione degli appalti di importo inferiore a 500.000 euro**, nonché degli appalti riguardanti **i lavori di manutenzione, restauro, scavo archeologico, opere in sotterraneo e di consolidamento dei terreni**, ripristinando di fatto la disciplina vigente anteriormente al codice degli appalti.

In sostanza, dunque, la norma regolamentare vanifica l'importante innovazione, introdotta dal codice rispetto al sistema normativo precedente, di effettiva liberalizzazione dell'appalto a misura. Si deve però notare che la norma regolamentare, ponendosi in contrasto con la norma legislativa, finisce con il ledere il principio secondo cui il regolamento può attuare, ma non derogare la legge di cui costituisce attuazione. In tale ottica, l'articolo 105 del regolamento dovrebbe essere modificato in senso conforme all'art. 53, comma 4 del codice e comunque il contrasto tra le due disposizioni dovrebbe essere risolto nel senso della prevalenza di quella di rango legislativo, con conseguente mantenimento del principio della liberalizzazione dell'appalto a misura.

A ciò si aggiunga che l'appalto a misura costituisce senz'altro la forma di contabilizzazione dei lavori più seria e trasparente, in quanto rapporta il corrispettivo spettante all'appaltatore alle quantità realmente eseguite ed oggetto di rigorose misurazioni.

Al contrario, l'imposizione generalizzata del ricorso all'appalto a corpo, il cui corrispettivo resta immutato a prescindere dalle quantità effettivamente eseguite, implica l'introduzione nel contratto di forti elementi di alea, con effetti negativi a carico dell'appaltatore o del committente, e comunque con maggiori possibilità di ampliamento del contenzioso in sede di esecuzione.

Sull'argomento va segnalato anche:

### ***Art. 118, comma 2***

La norma specifica in maniera puntuale che nelle gare al maggior ribasso, nel caso dell'appalto a corpo, il prezzo non può essere modificato sulla base della verifica delle quantità eseguite, per cui il computo metrico viene fornito al solo fine di agevolare lo studio dell'intervento, ma non ha valore negoziale. Inoltre, il concorrente ha l'obbligo di controllare le voci di prezzo e le relative quantità, attraverso gli elaborati progettuali, e formulare l'offerta tenendo conto delle voci e quantità che ritiene eccedenti o mancanti. Infine, la norma prevede che il concorrente rilasci in sede di offerta una dichiarazione con la quale affermi di aver tenuto conto nella formulazione dell'offerta delle eventuali discordanze nelle indicazioni quantitative e qualitative delle voci risultanti dal computo metrico, che quindi rimane fisso ed invariabile.

La norma desta perplessità, in quanto pone a carico del concorrente l'obbligo di verificare il computo metrico e di formulare l'offerta tenendo conto degli eventuali errori, ma non chiarisce se tali errori debbano essere segnalati alla stazione appaltante e se questa debba correggere il computo metrico. Inoltre, la dichiarazione sembra voler porre a carico dell'appaltatore la piena responsabilità della correttezza dell'elaborato progettuale, prescindendo dalla rilevanza e qualità dell'errore, mentre tale responsabilità dovrebbe essere limitata a quanto rilevabile, secondo la diligenza che si può richiedere all'appaltatore, in un contesto, quale quello della formulazione dell'offerta, assai circoscritto e non certo paragonabile ai tempi medi della progettazione.

### ***Art. 106 - Dichiarazione di sopralluogo***

La disposizione in esame, rispetto all'art. 71 del regolamento n. 554/1999, contiene alcune rilevanti precisazioni.

In primo luogo, chiarisce che l'avvio delle procedure di scelta del contraente presuppone l'avvenuta validazione del progetto, in linea perciò con quanto previsto dall'art. 55 del medesimo regolamento.

In secondo luogo, con riferimento alla **dichiarazione di sopralluogo** che i concorrenti devono allegare all'offerta, viene chiarito che la stessa può essere rilasciata "**direttamente o con delega a personale dipendente**". Non è perciò più ammissibile che le stazioni appaltanti richiedano l'effettuazione delle operazioni in questione esclusivamente da parte del legale rappresentante dell'impresa, ma questi può senz'altro delegare un proprio rappresentante, purché si tratti di un dipendente dell'impresa stessa. Quanto alla delega, nel silenzio della norma, deve ritenersi che questa possa essere effettuata con scrittura privata, senza bisogno di

delega per atto pubblico. Deve invece escludersi la possibilità di delegare un incaricato estraneo all'impresa o avente con questa un rapporto di collaborazione in via autonoma.

La norma appare significativa in quanto in passato, non di rado, varie amministrazioni pretendevano che il sopralluogo venisse effettuato unicamente dall'imprenditore, con notevoli disagi, specie per le imprese medio-piccole.

In terzo luogo, la norma amplia il contenuto della dichiarazione, nel senso che i concorrenti devono anche verificare "le capacità e le disponibilità, compatibili con i tempi di esecuzione previsti, delle cave eventualmente necessarie e delle discariche autorizzate". Anche in questo caso si finisce con il ribaltare sull'appaltatore, nel breve termine per la formulazione dell'offerta, una verifica di tipo progettuale, che dovrebbe essere già stata effettuata prima della gara, con il risultato di far ricadere sull'appaltatore le conseguenze di un'errata valutazione e di sovrapporre i ruoli di chi progetta e di chi esegue.

Su questi presupposti, la dichiarazione relativa a cave e discariche non può che avere valore del tutto relativo, nel senso che tale dichiarazione è finalizzata a richiamare l'attenzione dei concorrenti su questi delicati punti.

Tuttavia, nell'ipotesi in cui, in sede esecutiva, le cave e discariche si rivelino insufficienti, si ritiene che i maggiori oneri non possano essere legittimamente accollati all'appaltatore. Ciò perché l'inadempimento originario ed essenziale è addebitabile direttamente al progettista ed una dichiarazione richiesta in tempi ristrettissimi all'appaltatore non può avere l'effetto di trasferire in capo allo stesso le responsabilità conseguenti alla carenza progettuale.

La disposizione non disciplina l'ipotesi in cui un concorrente segnali all'amministrazione l'insufficienza o la non disponibilità delle cave o discariche. In tal caso è da ritenere che l'amministrazione debba verificare la fondatezza o meno della segnalazione, con la conseguenza che, ove la ritenga infondata e dia comunque luogo alla gara, qualsiasi responsabilità resta a suo totale carico.

### ***Art. 107, comma 2 - Categorie di opere generali e specializzate – Strutture, impianti e opere speciali***

L'articolo 107, comma 2, del regolamento interviene nell'ambito delle categorie di opere cosiddette "superspecializzate". Si tratta di quelle lavorazioni che, in conformità all'articolo 37, comma 11, del codice, se superiori al 15% dell'importo totale dei lavori, non possono essere affidate in subappalto, ma devono essere eseguite dal soggetto aggiudicatario che, se privo della relativa qualificazione, dovrà costituire apposito raggruppamento verticale con impresa adeguatamente qualificata.

Ora, il regolamento modifica l'assetto del sistema previgente (art. 72, comma 4, del D.P.R. n. 554/1999), prevedendo l'inserimento nel relativo elenco di **sette nuove categorie di lavori**, rappresentate da:

1. impianti termici (cat. OS 28);
2. impianti tecnologici, coordinati e interconnessi (cat. OG 11);
3. opere di impermeabilizzazione (cat. OS 8);

4. componenti strutturali in acciaio (cat. OS 18);
5. sistemi antirumore (cat. OS 34);
6. barriere stradali (OS 12);
7. scavi archeologici (OS 25).

La nuova formulazione della norma non appare condivisibile, in quanto capovolge completamente la logica originaria del regolamento, secondo cui il soggetto qualificato nella categoria prevalente dovrebbe in linea di massima poter eseguire, direttamente o tramite subappalto, tutte le altre lavorazioni di cui si compone l'opera, con la sola eccezione di talune lavorazioni altamente specializzate.

Con la nuova formulazione dell'articolo 107, comma 2, la qualifica di "opere superspecializzate" viene estesa a quasi tutte le lavorazioni a c.d. qualificazione obbligatoria, con la conseguenza che quelle che dovrebbero essere ipotesi eccezionali, di fatto diventano la regola. Ciò crea innegabili problemi operativi alle imprese che intendono qualificarsi nella categoria prevalente, in quanto l'obbligo di costituire associazioni di tipo verticale, in luogo di eventuali affidamenti in subappalto, ne condiziona fortemente le scelte organizzative.

Inoltre, nel merito dell'elencazione contenuta nella nuova disposizione, emergono fondati dubbi circa la sussistenza di quelle caratteristiche "di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica" che costituiscono la ratio del divieto di subappalto previsto dall'art. 37, comma 11, del codice, per lo meno con riguardo ad alcune delle tipologie di lavorazioni elencate, quali ad esempio le opere di impermeabilizzazione, le barriere stradali e i sistemi antirumore.

Va inoltre tenuto presente che l'obbligo di partecipare alle gare in associazione temporanea, laddove si richiedano per la qualificazione nelle suddette categorie specialistiche classifiche elevate, può costituire una notevole limitazione alla concorrenza.

Per questo motivo l'Ance ritiene necessaria una revisione dell'elenco delle categorie "superspecializzate", nel senso di ridurne il numero, limitandolo a quelle lavorazioni che abbiano effettivamente carattere di alta tecnologia o complessità tecnica.

A tal fine, si dovrebbero considerare strutture, impianti e opere speciali esclusivamente:

1. il restauro e la manutenzione di superfici decorate di beni architettonici, il restauro di beni mobili di interesse storico, artistico e archeologico (OS 2);
2. i rilevamenti topografici speciali e le esplorazioni del sottosuolo con mezzi speciali (OS 20);
3. le fondazioni speciali, i consolidamenti dei terreni, i pozzi (OS 21);
4. la bonifica ambientale di materiali tossici e nocivi (OG 12);
5. l'armamento ferroviario (OS 29);
6. gli impianti per la trazione elettrica (OS 27);
7. gli impianti di trattamento rifiuti (OS 14);
8. gli impianti di potabilizzazione (OS 22);

9. l'insieme di impianti tecnologici, tra loro coordinati o interconnessi funzionalmente, non eseguibili separatamente (OG 11).

### ***Art. 113 - Dialogo competitivo***

La norma regolamentare fornisce la disciplina di dettaglio dell'istituto del dialogo competitivo, di cui all'art. 58 del codice.

In particolare, la disposizione specifica il livello di progettazione richiesto ai concorrenti alla gara conseguente alla conclusione del dialogo in senso stretto (che perciò si conclude con la scelta dello **studio di fattibilità** da porre a base di detta gara), individuandolo nella **progettazione preliminare**, mentre attribuisce al soggetto aggiudicatario l'onere della predisposizione della progettazione definitiva ed esecutiva.

Sul punto, si ritiene senz'altro opportuna la precisazione relativa al livello progettuale richiesto.

### ***Art. 114 - Leasing in costruendo***

La norma regolamentare prevede che, in una gara per l'affidamento della realizzazione di un'opera pubblica con lo strumento del leasing in costruendo, il **soggetto finanziatore debba dimostrare alla stazione appaltante la disponibilità dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto "se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche in associazione temporanea con un soggetto realizzatore"**.

La disposizione desta perplessità sotto vari profili.

Innanzitutto, la norma sembra configurare l'ipotesi che il soggetto finanziatore possa partecipare anche da solo alla gara, purché disponga in qualche modo dei mezzi per eseguire l'opera. Questa impostazione già di per sé contrasta con l'ormai consolidata qualificazione del leasing come appalto misto di lavori e servizi con prevalenza dei lavori, poiché dà rilevanza primaria al prestatore del servizio (leasing) che invece è meramente strumentale all'esecuzione dell'opera.

In merito poi alle modalità con le quali il soggetto finanziatore dovrebbe assicurare la disponibilità dei mezzi necessari a realizzare l'opera, la norma ne individua sostanzialmente due: una sorta di avvalimento delle risorse di un soggetto costruttore e l'associazione temporanea con quest'ultimo.

Con riferimento alla prima ipotesi, va innanzitutto evidenziato che si tratta di una previsione che non trova alcun riscontro nella norma del codice che disciplina il leasing in costruendo (art. 160 bis). Si pone, perciò, un profilo di censurabilità della norma regolamentare che amplia quella di rango primario, contrastando con la stessa che all'evidenza limita la figura del General Contractor agli appalti inseriti nei programmi della legge obiettivo.

Inoltre, nel merito, risulta evidente che l'utilizzo del meccanismo di avvalimento, anche se in senso atecnico, implica comunque che l'impresa costruttrice che fornisce i mezzi rimane estranea alla procedura di gara ed al contratto avente ad oggetto l'esecuzione dei lavori. Ciò, ad avviso dell'Ance, si pone in contrasto con la finalità sostanziale dell'operazione, che è quella

della realizzazione di un'opera pubblica, in funzione della quale dovrebbe essere garantito un ruolo quantomeno paritario all'impresa costruttrice rispetto al soggetto finanziatore.

In aggiunta a quanto ora detto, deve poi evidenziarsi l'ambiguità del riferimento all'istituto dell'avvalimento, poiché quest'ultimo, per come disciplinato nel codice, può essere attuato soltanto tra imprese di costruzione. Nel caso in esame, invece, il soggetto finanziatore è del tutto estraneo alla prestazione relativa ai lavori, non disponendo neppure di quell'organizzazione d'impresa, tipica delle imprese di costruzioni, che nell'avvalimento è assicurata dall'impresa avvalente. In altri termini, l'avvalimento cui accenna la norma regolamentare finirebbe per essere, nella sostanza, una mera ed integrale delega, a valle dell'aggiudicazione, dell'esecuzione dell'opera ad un soggetto che non ha partecipato alla gara, ma che di fatto è l'unico vero esecutore. In ultima analisi, sembra delinearci un quadro analogo a quello emerso con i primi bandi di leasing in costruendo, fortemente contestati e superati dalla prassi successiva, in cui il soggetto finanziatore era il dominus dell'operazione e indicava a propria scelta il soggetto realizzatore.

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

Con riferimento all'ipotesi dell'associazione temporanea, lascia perplessi ancora una volta la scelta del legislatore di indicarla come una mera possibilità, laddove al contrario questa sembra essere l'unica soluzione idonea a garantire il rapporto paritario tra il finanziatore ed il costruttore.

Infine, ulteriore elemento di perplessità è rappresentato dalla previsione secondo cui il contraente generale può partecipare a gare relative al leasing in costruendo, finalizzate alla realizzazione non soltanto di opere strategiche, ma anche di opere ordinarie.

In tal modo la figura del contraente generale, relativamente al leasing, acquista carattere di ordinarietà, in contrasto con la ratio della legge obiettivo che invece la circoscriveva alle ipotesi del tutto particolari oggetto della stessa legge obiettivo.

### ***Art. 120, commi 1 e 4 - Offerta economicamente più vantaggiosa***

La norma precisa che, nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, **i pesi o punteggi attribuiti agli elementi c.d. tecnici** (qualità del progetto, pregio tecnico, caratteristiche estetiche, funzionali e ambientali) **non devono essere complessivamente inferiori al 65%.**

Sul piano strettamente giuridico, deve evidenziarsi che il codice, nel disciplinare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83), attribuisce all'amministrazione il potere di individuare i criteri di valutazione dell'offerta tra quelli elencati dalla norma, nonché il peso da attribuire agli stessi. Pertanto, la previsione regolamentare, che stabilisce a priori il valore massimo attribuibile all'elemento prezzo (35%), costituisce una limitazione alla discrezionalità dell'amministrazione, ponendosi in contrasto con la norma di rango primario e facendo quindi sorgere concreti dubbi circa la sua legittimità.

## **Art. 121, commi 1 e 4 - Offerte anomale**

La norma stabilisce che, per il calcolo della soglia di anomalia, le **offerte aventi il medesimo ribasso devono essere distintamente prese in considerazione, sia ai fini della media aritmetica, sia ai fini dello scarto medio aritmetico**. Inoltre, nella operazione del c.d. taglio delle ali, qualora vi siano più offerte di uguale valore, tali offerte debbono essere accantonate ai fini del calcolo della soglia di anomalia.

Infine, la norma precisa che, ai **fini della valutazione dell'anomalia delle offerte**, l'amministrazione, oltre ad avvalersi dei propri organi tecnici ovvero della commissione di gara, può anche nominare **un'apposita commissione**, utilizzando proprio personale interno, salvo che vi siano situazioni di carenza di organico.

Allo scopo di chiarire come si deve procedere nel calcolo dell'anomalia secondo i criteri di cui sopra, si ipotizza il seguente esempio:

- Offerte ammesse in gara: - 1; - 1; - 2; - 3,2; - 4,6; - 5,4; - 7,3; - 7,3; - 10; - 11; - 12
  - Offerte da eliminare dal conteggio della soglia di anomalia ( $11 \times 0,10 = 1,1$  che arrotondato all'unità superiore = 2. Perciò, minori ribassi da togliere: - 1; - 1; - 2 e maggiori ribassi da togliere: - 11; - 12
  - Media delle restanti offerte:  $(- 3,2) + (- 4,6) + (- 5,4) + (- 7,3) + (- 7,3) + (- 10) = - 37,8 : 6 = - 6,3$
  - Media degli scarti che superano la media aritmetica delle offerte (- 6,3):
    - $(- 7,3) - (- 6,3) = - 1$
    - $(- 7,3) - (- 6,3) = - 1$
    - $(- 10) - (- 6,3) = - 3,7$
- - 5,7 : 3 = - 1,9
- **Soglia di anomalia:**  $(- 6,3) + (- 1,9) = - 8,2$
  - Offerte anomale: - 10; - 11; - 12

\*\*\* \*\*

- Se invece le offerte identiche venissero conteggiate una sola volta, si avrebbe il seguente risultato:
- media delle offerte:  $(- 3,2) + (- 4,6) + (- 5,4) + (- 7,3) + (- 10) = - 30,5 : 5 = - 6,1$

- Media degli scarti che superano la media aritmetica delle offerte (- 6,1):  
 $(- 7,3) - (- 6,1) = - 1,2$   
 $(- 10) - (- 6,1) = - 3,9$   
 -----  
 $- 5,1 : 2 = - 2,55$
- **Soglia di anomalia:**  $(- 6,1) + (- 2,55) = - 8,65$

## GARANZIE

### *Art. 123, comma 1 - Cauzione definitiva*

La disciplina della cauzione definitiva resta sostanzialmente invariata rispetto a quella contenuta nel precedente regolamento. Viene meglio precisato che **l'ammontare residuo della cauzione stessa, dopo il progressivo svincolo (residuo 25%), deve permanere fino all'atto dell'emissione del certificato del collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque fino ad un massimo di dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori.**

Ciò sta a significare che, qualora il certificato di collaudo provvisorio o di regolare esecuzione siano emessi nei termini (rispettivamente mesi sei e mesi tre dall'ultimazione), lo svincolo deve avvenire all'atto di detta emissione. Se, invece, l'emissione ritarda oltre i dodici mesi, lo svincolo da parte dell'amministrazione deve avere luogo alla scadenza del dodicesimo mese, pur in assenza di certificato di collaudo o di regolare esecuzione.

Tale norma ha eliminato il contrasto precedentemente esistente tra il regolamento (art. 101 del D.P.R. n. 554/1999) ed il capitolato generale di appalto (art. 37 del D.M. n. 145/2000), poiché quest'ultimo prevedeva lo svincolo di diritto della cauzione residua non appena decorso il termine per il certificato di collaudo o di regolare esecuzione (sei e tre mesi).

La soluzione prescelta dal legislatore, pur ponendo fine al contrasto tra le norme sopra richiamate, conferma i dubbi, già a suo tempo emersi, in ordine alla compatibilità con le norme del codice che legano l'efficacia della cauzione definitiva alla data di emissione del certificato di collaudo (artt. 113 e 141 del codice).

In tale ottica, nei casi di ritardo del collaudo oltre i sei mesi, lo svincolo dovrebbe aver luogo alla scadenza del sesto mese; lo svincolo dopo dodici mesi dovrebbe, invece, ritenersi possibile soltanto nei casi di cui all'art. 141, comma 1, del codice nei quali, in considerazione della complessità dell'opera, l'amministrazione abbia indicato nel capitolato speciale la durata per l'effettuazione del collaudo in un anno.

### *Art. 125, comma 1 - Polizza per danni da esecuzione*

L'articolo 125 prevede che l'appaltatore stipuli una polizza a copertura dei danni eventualmente causati all'opera durante l'esecuzione dei lavori.

Circa l'importo della somma da assicurare, il precedente articolo 103 del D.P.R. n. 554/1999 non dava alcuna indicazione in merito. Opportunamente la disposizione è stata integrata dall'attuale art. 125 con la previsione che, in via di massima, **la somma assicurata debba essere corrispondente all'importo a base d'asta**; qualora invece tale somma ecceda l'importo di gara, l'amministrazione deve motivare tale scelta.

Si tratta di disposizione quanto mai opportuna, visto che in passato sono stati frequenti i bandi in cui la somma assicurata eccedeva, di gran lunga ed immotivatamente, l'importo dei lavori. Viceversa tale ipotesi dovrebbe essere correttamente circoscritta ai casi in cui l'appaltatore debba intervenire su beni preesistenti di valore particolarmente rilevante.

### ***Art. 126, commi 1 e 2 - Polizza indennitaria decennale***

Con riferimento alla polizza di assicurazione indennitaria decennale, il nuovo regolamento, da una parte, conferma che il limite minimo dell'indennizzo della polizza non deve essere inferiore al 20% del valore dell'opera realizzata; dall'altra, **ne innova il limite massimo** (prima stabilito in 14 milioni di euro), **prevedendo che lo stesso non possa essere superiore al 40% del valore dell'opera realizzata, nel rispetto del principio di proporzionalità** in relazione alla natura dell'opera. In sostanza, la norma ha inteso rimettere alla discrezionalità dell'amministrazione l'individuazione del massimale da assicurare, tenendo conto della natura e del valore dell'opera e delle potenziali conseguenze derivanti dalla sua rovina o dai difetti costruttivi emersi.

Relativamente ai lavori per i quali è obbligatoria la polizza di assicurazione indennitaria decennale, viene confermato l'obbligo per l'esecutore dei lavori di stipulare anche una polizza di responsabilità civile per la durata di dieci anni **per danni cagionati a terzi** con decorrenza dalla data di emissione del certificato di collaudo o di regolare esecuzione. Il nuovo regolamento modifica però i valori di riferimento, in quanto stabilisce che l'indennizzo oggetto di tale polizza sia pari al 5% del valore dell'opera realizzata, con un minimo di 500.000 euro ed un massimo di 5 milioni di euro. Il D.P.R. n. 554/1999 stabiliva soltanto che il massimale non fosse inferiore a 4 milioni di euro.

### ***Art. 127, comma 3 - Requisiti dei fideiussori***

La norma, in armonia con la modifica a suo tempo introdotta dalla legge n. 62/2005 all'art. 30 della legge n. 109/1994, conferma che le **garanzie fideiussorie possono essere rilasciate anche da soggetti intermediari finanziari**, iscritti in un apposito elenco ed autorizzati a rilasciare tali garanzie dal Ministero dell'economia.

### ***Art. 129 - Sistema di garanzia globale***

Il nuovo regolamento istituisce il sistema di garanzia globale di esecuzione, obbligatorio per gli appalti integrati di importo superiore a 75 milioni di euro e per gli affidamenti a contraente generale di qualunque ammontare, e facoltativo, a discrezione dell'amministrazione appaltante (che ove ritenga di avvalersene deve prevedere tale sistema nel bando di gara), per gli appalti di sola esecuzione di importo a base d'asta superiore a 100 milioni di euro. Tale garanzia non è richiesta per le concessioni.

## **Artt. 130-131**

La garanzia globale ha ad oggetto **due obbligazioni da parte del garante:**

- a) la prima consistente nella **cauzione definitiva**, secondo la normativa generale che disciplina tale istituto (art. 113 del codice e art. 123 del regolamento);
- b) la seconda consistente nell'**obbligo di fare subentrare un sostituto nell'esecuzione dei lavori**, qualora l'originario esecutore fallisca, incorra in liquidazione coatta amministrativa o concordato preventivo, ovvero nei suoi confronti sia pronunciata risoluzione del contratto per inadempimento. Tale garanzia è efficace fino al certificato di ultimazione dei lavori. Per la finalità di dare sollecita attuazione alla garanzia di subentro è prescritto che la polizza di garanzia globale debba indicare i nominativi di **almeno due sostituti** in possesso dei requisiti richiesti dal bando per la partecipazione alla gara.

La garanzia consistente nella cauzione definitiva è efficace sino alla data del certificato di collaudo provvisorio o comunque sino a 12 mesi dall'ultimazione dei lavori, in linea perciò con la disciplina generale della garanzia definitiva. La garanzia di subentro, essendo strettamente correlata all'esecuzione dei lavori, rimane valida fino alla data del certificato di ultimazione dei lavori.

## **Art. 132**

Quanto alla garanzia definitiva, questa consiste nell'obbligo per il garante di corrispondere al committente nel termine di 15 giorni, a seguito di richiesta scritta, le somme di cui questi sia creditore nei confronti del contraente, nei limiti delle somme garantite. Tale garanzia permane, nei limiti del 10% dell'importo contrattuale, anche laddove sia attivata la garanzia di subentro, a copertura dei crediti che la stazione appaltante vanta nei confronti del contraente originario.

## **Art. 133**

Qualora l'amministrazione richieda l'attivazione della garanzia di subentro, il garante è tenuto a comunicare all'amministrazione stessa, entro trenta giorni dal ricevimento di tale richiesta, l'inizio delle attività di cantiere da parte del subentrante.

E' stabilito che, in caso di inadempimento del primo subentrante, questi debba essere sostituito dal secondo; in caso di inadempimento anche del secondo subentrante, la norma prevede che il garante debba verificare progressivamente la disponibilità a completare i lavori da parte dei soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara e, in caso di indisponibilità di questi, individuare sul mercato un soggetto in possesso dei requisiti previsti dal bando, che sia disponibile al completamento dell'opera.

Va notato che, mentre nel caso del primo subentro si considera l'ipotesi non soltanto dell'inadempimento dell'appaltatore, ma anche del fallimento, liquidazione coatta o concordato preventivo, relativamente ai subentri successivi al primo, ci si riferisce soltanto all'inadempimento. Tale impostazione non appare sorretta da fondate ragioni logiche, per cui sembra possibile una interpretazione analogica del disposto normativo, nel senso che i

successivi subentri possano avere luogo anche nelle ipotesi di fallimento, liquidazione o concordato del subentrante precedente.

La norma precisa, inoltre, che il subentrante può avvalersi dei subappaltatori già autorizzati per la parte del contratto di subappalto non ancora eseguita.

## **Art. 134**

In ogni caso, il garante resta estraneo ai rapporti tra il contraente e la stazione appaltante e pertanto non può far valere nei confronti di quest'ultima le eccezioni che spettano al contraente.

La norma precisa che il contraente rimane comunque responsabile verso il committente, anche in caso di attivazione della garanzia di subentro; risponde, perciò, dei danni derivanti dalla risoluzione del contratto e, a tale fine, il committente può attivare la garanzia definitiva, come sopra visto, esigendo dal garante il pagamento di quanto dovuto dal contraente nei limiti del 10% dell'importo contrattuale.

Quanto ai requisiti del garante, la norma precisa che può trattarsi di istituti di credito, banche, imprese di assicurazioni e intermediari finanziari, debitamente autorizzati, anche in associazione tra loro, a condizione che abbiano rilasciato garanzie fideiussorie per appalti di lavori in corso di validità al 31 dicembre dell'anno precedente per un importo non inferiore a 1,5 volte l'importo dei lavori. Inoltre, il bando di gara può prevedere che la garanzia di subentro sia rilasciata direttamente dalla società capogruppo del contraente, congiuntamente ad altro garante in possesso dei requisiti sopra visti, che rilascia la cauzione definitiva. In tal caso, la società capogruppo dovrà possedere un patrimonio netto non inferiore all'importo dei lavori e comunque superiore a 500 milioni di euro.

Anche se il garante rimane estraneo al rapporto contrattuale tra il committente ed il contraente, può comunque convenire con quest'ultimo la nomina di un proprio controllore tecnico, adeguatamente qualificato, con il compito di aggiornare periodicamente il garante circa l'avanzamento dei lavori.

Quanto ai requisiti dell'impresa subentrante, deve evidenziarsi che quest'ultima dovrà essere qualificata in relazione all'intera opera e non all'importo residuo dei lavori da realizzare al momento del subentro.

## **Art. 135**

Per quanto attiene alla garanzia definitiva, la norma rinvia agli importi ed alle modalità previste dall'art. 113 per la garanzia definitiva ordinaria, con l'ulteriore precisazione che le percentuali indicate dalla norma vanno riferite non soltanto all'importo dei lavori, ma anche a quello relativo alle altre prestazioni richieste al contraente, e perciò al valore complessivo del contratto.

La norma ribadisce, infine, che l'attivazione della garanzia di subentro non determina il venir meno in alcun modo della garanzia a titolo di cauzione definitiva, che permane a copertura dei danni che eventualmente l'amministrazione abbia subito a causa dei ritardi o di altri effetti

conseguenti l'avvenuta esigenza del subentro. Inoltre, qualora venga attivata la garanzia di subentro, la cauzione definitiva si intende comunque prestata *ipso iure* per un ammontare pari al 10% dell'importo contrattuale, indipendentemente da quale sia l'importo della stessa al momento del subentro o da quali riduzioni abbiano già avuto luogo, ai sensi dell'art. 113, comma 1 del codice. Tale ammontare non è poi ulteriormente riducibile fino al momento del collaudo.

## CONTRATTO

### *Art. 137, comma 3 - Allegati al contratto*

La norma precisa che, fatto salvo il capitolato speciale e l'elenco prezzi unitari, gli altri documenti contrattuali **possono anche non essere materialmente allegati al contratto**, ma devono comunque essere conservati dall'amministrazione e controfirmati dall'appaltatore.

### *Art. 138, comma 2 - Protocolli di intesa*

Viene introdotta la disposizione secondo cui le stazioni appaltanti possono legittimamente concludere protocolli di intesa con soggetti pubblici con competenze istituzionali in materia di salute, sicurezza, previdenza e ordine pubblico, nonché con le organizzazioni sindacali ed imprenditoriali. La norma sostanzialmente recepisce una prassi invalsa negli ultimi anni di concludere protocolli di intesa o di legalità, volti a realizzare forme di collaborazione tra vari soggetti per migliorare le forme di tutela di interessi ritenuti particolarmente rilevanti.

Assai opportunamente la norma regolamentare rinvia al principio dell'art. 69 del codice, secondo cui le amministrazioni possono esigere, nell'esecuzione del contratto, condizioni particolari che però non devono porsi in contrasto con il diritto comunitario, né con i principi di trasparenza, proporzionalità e non discriminazione. Ne consegue che, anche sulla base di recenti significative pronunce giurisprudenziali (V. TAR Sicilia 28.12.2007, n. 3494), i protocolli di legalità, ancorché regolarmente sottoscritti da stazioni appaltanti ed autorità o organizzazioni competenti, non possono contenere prescrizioni che ledano i principi di concorrenza o comunque abbiano l'effetto di rendere eccessivamente gravosa la posizione degli operatori economici privati, con violazione del generale principio comunitario di proporzionalità.

### *Art. 141, comma 3 - Sospensione dei lavori e pagamenti in acconto*

Nel regolamento previgente (art. 114, comma 3, del D.P.R. n. 554/1999) era stabilito che, nei casi di sospensione dei lavori superiori a 90 giorni, la stazione appaltante dovesse disporre il pagamento di un SAL, anche se al momento della sospensione non era stato raggiunto l'importo prescritto per la sua emissione. L'articolo 141, comma 3, del nuovo regolamento assai opportunamente riduce tale termine **da 90 a 45 giorni**, per l'evidente finalità di evitare che l'appaltatore resti esposto ad un ingiustificato ritardo nel pagamento di lavori realizzati, ancorché questi all'atto della sospensione non abbiano raggiunto l'importo prescritto per l'emissione del SAL.

Si coglie l'occasione per precisare che la disposizione va riferita a tutte le forme di sospensione dei lavori e perciò non soltanto alle sospensioni illegittime, ma anche a quelle inizialmente legittime che divengono illegittime (per l'inerzia dell'amministrazione per es. nell'approvazione di una variante necessaria) ed a quelle disposte per ragioni di pubblico interesse (art. 158, comma 2).

### ***Art. 143, comma 4 - Pagamenti e DURC***

La disposizione armonizza la disciplina dei pagamenti in acconto e a saldo con quanto introdotto nel codice degli appalti dal 2° decreto correttivo (D. Lgs. n. 113/2007) all'art. 118, comma 6, in base al quale ai fini dei pagamenti di cui sopra l'appaltatore e, per suo tramite, i subappaltatori devono trasmettere all'amministrazione il DURC.

### ***Art. 144, comma 4 - Interessi per ritardato pagamento – Risarcibilità maggior danno***

Il previgente testo normativo (art. 30, comma 4, del D.M. n. 145/2000) stabiliva tassativamente che gli interessi di mora per ritardato pagamento dei SAL o della rata di saldo erano da intendersi comprensivi del maggior danno subito dall'appaltatore ai sensi dell'articolo 1224, comma 2, c.c.. Ciò stava a significare che, una volta percepiti gli interessi moratori, l'appaltatore non poteva accampare alcuna ulteriore pretesa, nemmeno nell'ipotesi in cui potesse in concreto dimostrare di avere subito un danno superiore agli interessi corrispostigli.

La nuova disposizione introduce una innovazione assai significativa, in quanto afferma che i capitolati speciali **possono** prevedere che gli interessi siano comprensivi del maggiore danno. Ciò sta a significare che, qualora l'ente appaltante non inserisca nel capitolato speciale una previsione di tal genere, l'appaltatore potrà dimostrare in giudizio di aver subito un danno maggiore rispetto agli interessi moratori a lui liquidati.

### ***Art. 145, comma 5 - Penali intermedie e nelle opere suddivise in parti***

**Relativamente ai casi di opere suddivise in parti** (uno degli esempi più significativi è quello della consegna frazionata), viene confermato che **le penali si applicano ai rispettivi importi**, ma viene ulteriormente precisato che debba essere il capitolato speciale di appalto a determinare le modalità di tale applicazione.

La disposizione appare assai opportuna in quanto, in assenza di una specifica disciplina contrattuale, in passato sovente sorgevano contestazioni in merito alle modalità di applicazione; in particolare, si discuteva se la penale dovesse essere applicata immediatamente e irrevocabilmente sull'importo inerente la singola porzione di opera ovvero se dovesse attendersi l'ultimazione generale dell'opera, sia ai fini dell'applicazione che della disapplicazione, qualora il ritardo fosse stato successivamente recuperato. La nuova disposizione obbliga gli enti appaltanti a disciplinare queste ipotesi, lasciando loro un margine di apprezzamento nella formulazione contrattuale.

È però ragionevole ritenere che le penali intermedie possano essere immediatamente ed irrevocabilmente applicate, soltanto nei casi in cui si tratti di singole porzioni di opera

autonomamente utilizzabili ed il cui ritardo, pertanto, leda immediatamente il pubblico interesse alla loro fruibilità.

### ***Articolo 145, comma 6 - Sedi della penale***

Tale disposizione stabilisce che, nel caso di ritardo colpevole da parte dell'appaltatore nell'ultimazione dei lavori, **la penale finale**, su indicazione del direttore dei lavori, è **comminata dal responsabile del procedimento in sede di conto finale**.

Viene così meno il dubbio, più volte emerso in sede di prassi amministrativa, se la penale possa essere applicata anche antecedentemente al conto finale e cioè anche a partire dal SAL precedente al medesimo. La chiara formulazione regolamentare elimina tale dubbio interpretativo, sancendo che sede unica ed obbligata per l'applicazione della penale è appunto il conto finale.

Nei casi in cui in luogo del certificato di collaudo trova applicazione il certificato di regolare esecuzione (obbligatoriamente per gli appalti inferiori a 500.000 euro, facoltativamente per gli appalti compresi tra 500.000 ed 1 milione di euro), la penale viene applicata sempre dal responsabile del procedimento, ma in sede di conferma da parte dello stesso del certificato di regolare esecuzione redatto dal direttore dei lavori.

## **ESECUZIONE DEI LAVORI**

### ***Articolo 152 - Ordini di servizio***

La disposizione contiene una disciplina degli ordini di servizio più articolata rispetto a quella previgente ed inoltre alcune significative innovazioni.

E' stabilito che il responsabile del procedimento formula al direttore dei lavori **disposizioni di servizio** con le quali gli dà istruzioni necessarie a garantire la regolarità dei lavori, indicando la periodicità con la quale lo stesso direttore dei lavori deve presentare rapporti sull'attività di cantiere e delle lavorazioni.

Nel rigoroso rispetto delle disposizioni di servizio ed al fine di dare a queste attuazione, il direttore dei lavori emette ordini di servizio all'appaltatore relativamente agli aspetti strettamente tecnici dell'appalto. L'ordine di servizio deve essere sempre preventivamente vistato dal responsabile del procedimento. L'assenza di tale visto, salve ipotesi di particolare urgenza, è perciò da ritenere renda inefficace l'ordine di servizio stesso.

Si richiama poi l'attenzione su un punto particolarmente delicato dell'articolo 152, comma 3, laddove è detto che l'appaltatore è tenuto ad uniformarsi all'ordine di servizio, salva la facoltà di formulare le proprie riserve. Sul punto sorge il problema se la riserva debba essere formulata immediatamente in calce all'ordine di servizio ritenuto dall'appaltatore lesivo delle sue posizioni. Al quesito sembra doversi dare risposta affermativa, visto che nell'ultimo periodo della disposizione è detto che, in ogni caso, le riserve devono essere iscritte **anche** nel registro di contabilità all'atto della firma immediatamente successiva all'ordine di servizio.

In definitiva, dunque, contrariamente alla previgente disciplina, la norma sembra delineare l'ordine di servizio come sede necessaria di formulazione della riserva e comunque, a titolo cautelativo, si consiglia di formulare sempre la riserva sugli ordini di servizio che abbiano potenzialità lesive delle posizioni economiche e tecniche dell'esecutore dei lavori.

### ***Art. 153, comma 1 - Consegna dei lavori***

Viene stabilito che si possa ricorrere alla consegna dei lavori in via d'urgenza (e cioè nelle more della stipula del contratto) soltanto nei casi di **“comprovata”** urgenza.

La precisazione normativa risulta assai opportuna in quanto obbliga le amministrazioni a motivare le ragioni dell'urgenza che devono avere carattere oggettivo e non dipendere da inadempienze della stessa amministrazione.

### ***Art. 153, comma 9***

Qualora, per cause imputabili all'amministrazione la consegna dei lavori non abbia luogo entro 45 giorni dalla stipula del contratto, l'appaltatore può formulare istanza di recesso dal contratto con diritto al rimborso delle spese sostenute. Nel Regolamento 554/99 é previsto che la stazione appaltante non può opporsi a tale istanza di recesso se sia trascorsa la metà del tempo utile contrattuale. Nel testo del nuovo regolamento viene stabilito che l'amministrazione non può opporsi se è trascorsa la metà del tempo utile contrattuale **o comunque sei mesi complessivi**.

La disposizione è assai opportuna in quanto restringe il periodo entro il quale l'amministrazione può opporre diniego al recesso dell'appaltatore.

### ***Art. 155, comma 3***

In linea generale è stabilito che non si procede alla consegna dei lavori se vengono riscontrate differenze tra le condizioni locali ed il progetto esecutivo.

Viene introdotta la disposizione secondo cui il direttore dei lavori procede comunque alla consegna parziale dei lavori, qualora i lavori non eseguibili, per effetto delle differenze riscontrate, siano inferiori ad un quinto dell'importo contrattuale e non incidano sulla funzionalità dell'opera.

L'integrazione normativa risulta quanto mai opportuna perché, nei casi non particolarmente gravi, consente comunque l'avvio dei lavori e perciò l'esecuzione dell'opera da parte dell'aggiudicatario, fatto salvo il diritto di questo di formulare riserva negli atti contabili qualora la ritardata esecuzione della parte di lavori non consegnata gli arrechi danno.

### ***Art. 158, comma 8 - Sospensione lavori e riserve***

Il regolamento n. 554/1999 prevede che in ogni caso di sospensione dei lavori che arrechi danno all'appaltatore, la riserva venga iscritta, a pena di decadenza, sia nel verbale di sospensione sia nel verbale di ripresa. La disposizione è imprecisa e lacunosa perché, come è noto, esistono sospensioni inizialmente legittime che divengono illegittime per effetto dell'inerzia dell'amministrazione. Si tratta dei casi di perizie determinate da cause di forza maggiore per le quali l'amministrazione ritarda l'approvazione oltre i tempi tecnici necessari; ovvero dei casi di sospensione per ragioni di pubblico interesse qualora, decorso il termine dei sei mesi, l'appaltatore formula istanza di recesso e l'amministrazione vi si oppone.

In questi casi è del tutto irragionevole pretendere che l'appaltatore formuli riserva nel verbale di sospensione, in un momento in cui cioè ancora non sussiste responsabilità di alcuno, e perciò non sussiste la possibilità di richiedere il ristoro dei danni.

Assai opportunamente l'art. 158, al comma 8, stabilisce ora espressamente che **per le sospensioni inizialmente legittime è sufficiente l'iscrizione nel verbale di ripresa dei lavori.**

### *Art. 161, comma 4 - Ius variandi*

Viene confermato lo *ius variandi* quantitativo dell'amministrazione e cioè l'obbligo per l'appaltatore di eseguire maggiori lavori agli stessi prezzi del contratto originario entro il 20% dell'importo di questo. Era pacifico in dottrina ed in giurisprudenza che, superato tale limite, il contratto dovesse ritenersi esaurito, mentre da qualcuno veniva avanzato il dubbio che i lavori eccedenti il 20% potessero essere affidati direttamente all'appaltatore originario.

L'art. 161, comma 4, ultima parte, elimina tale dubbio in quanto stabilisce che, **nel caso di eccedenza rispetto a tale limite, la perizia è accompagnata da un atto aggiuntivo sottoscritto dall'impresa in segno di accettazione.**

Ciò sta a significare che mentre entro il 20% l'impresa è obbligata ad eseguire maggiori lavori agli stessi prezzi, oltre il 20% ha luogo una negoziazione tra amministrazione ed impresa, svincolata dalle condizioni economiche dell'appalto originario, che può concludersi o meno con l'accettazione dell'esecuzione dei maggiori lavori.

### *Art. 166, comma 2 - Danni alle opere per eventi di forza maggiore*

Il vecchio regolamento stabiliva che condizione per la risarcibilità dei danni causati alle opere da eventi di forza maggiore era la formulazione di denuncia da parte dell'appaltatore al direttore dei lavori entro tre giorni dall'evento. Il Capitolato generale 145/2000, all'art. 20, stabiliva tale termine invece in giorni cinque, così dando luogo ad un contrasto normativo e determinando incertezze applicative.

Il nuovo regolamento, all'art. 166, elimina questo contrasto stabilendo il termine per la denuncia univocamente in **"giorni cinque"** dal verificarsi dell'evento.

### *Art. 166, comma 4*

Si richiama l'attenzione su tale disposizione che, rispetto alla previgente disciplina normativa, introduce la prescrizione per il direttore dei lavori di procedere alla redazione del verbale di constatazione dei danni **alla presenza dell'appaltatore.**

La prescrizione, assai opportuna, mira a tutelare la posizione dell'appaltatore la cui presenza alle operazioni di constatazione gli consente in modo immediato di avanzare le proprie eventuali contestazioni e dissensi.

Si richiama però l'attenzione sul fatto che l'innovazione normativa rafforza la tesi per la quale l'appaltatore deve formulare sul verbale le proprie eventuali riserve.

Si raccomanda, pertanto, di presenziare sempre alle operazioni di accertamento, di richiedere di prendere visione del relativo verbale e, ove questo contenga accertamenti o giudizi ritenuti lesivi della posizione dell'esecutore, di formulare le riserve immediatamente e direttamente sul

processo verbale, salvi i successivi obblighi di ripeterle all'atto della prima sottoscrizione del registro di contabilità immediatamente successiva e confermarle nel conto finale.

### ***Art. 168 - Appalto integrato sulla base del progetto preliminare dell'amministrazione***

Tale norma disciplina la nuova ipotesi di appalto integrato di cui all'art. 53, comma 2, lett. c) del codice, nel quale in sede di gara gli offerenti presentano la progettazione definitiva (quale elemento di valutazione dell'offerta) e successivamente soltanto l'aggiudicatario redige la progettazione esecutiva dell'opera.

Il regolamento stabilisce che prima della stipula del contratto debbano essere acquisiti tutti i pareri necessari all'approvazione del progetto definitivo e che l'appaltatore debba provvedere ad adeguare il progetto definitivo presentato in sede di gara alle eventuali prescrizioni di detti pareri **senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo**. Tale esigenza determina in concreto l'estrema difficoltà di rispettare il termine di 60 giorni per la stipula del contratto di cui all'art. 11, comma 9, della legge, per cui è da ritenere che il bando di gara possa stabilire un termine più ampio per tale stipula.

La disposizione prima citata (obbligo di adeguamento ed esclusione di compensi aggiuntivi) appare quantomeno singolare e comunque non conforme ai principi generali del nostro codice civile in materia di consenso nell'attività contrattuale. E' infatti del tutto ovvio che se le prescrizioni determinano per l'impresa maggiori oneri economici, questi devono essere quantificati e inseriti nel corrispettivo dell'appalto. La disposizione regolamentare, contrastando perciò con basilari principi civilistici, dovrebbe essere oggetto di disapplicazione da parte del giudice e comunque non potrebbe escludere la possibilità per l'appaltatore di non dare il suo assenso al perfezionamento del contratto, visto che in concreto, nel caso di richiesta di adeguamento determinante maggiori oneri economici, ne possono variare sostanzialmente i termini e presupposti. Pertanto, secondo un'interpretazione logica e fondata sui comuni canoni civilistici, la disposizione va intesa nel senso che l'appaltatore resta vincolato al corrispettivo iniziale soltanto se le integrazioni richieste determinano modesti e del tutto irrilevanti lavori aggiuntivi.

E' poi previsto che, successivamente alla stipula del contratto, l'appaltatore proceda alla redazione dell'esecutivo. Se in tale sede emerge la necessità di varianti determinate da esigenze di forza maggiore, le varianti stesse sono valutate e compensate dall'appaltatore a prezzi di contratto o mediante la determinazione di nuovi prezzi. Qualora invece la variante risulti determinata da errori dell'appaltatore in sede di redazione del progetto definitivo, i maggiori oneri restano a suo carico.

### ***Art. 169 - Appalto integrato sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione***

Innovando alla previgente disciplina (art. 140, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999), la decisione se ed in che misura dare luogo all'effettuazione di studi o indagini di maggior dettaglio viene rimessa al progettista dell'esecutivo (e cioè l'impresa) mentre prima tale decisione era rimessa al responsabile del procedimento.

Si tratta di innovazione assolutamente condivisibile, in quanto rimette importanti decisioni tecniche, quali quelle sopra dette, all'effettivo responsabile della progettazione esecutiva e

dell'esecuzione e cioè appunto l'appaltatore. La disposizione, dunque, si muove correttamente nell'ottica della salvaguardia della sfera di autonomia imprenditoriale dell'esecutore dell'opera.

Inoltre, viene confermata (comma 4) la possibilità di introdurre ed approvare varianti la cui necessità emerga nella fase di attuazione dei predetti studi ed indagini o, comunque, di redazione della progettazione esecutiva.

Certamente significativa risulta la disposizione del tutto nuova, di cui al comma 3 dell'art. 169, laddove è detto che **sono comunque ammesse variazioni sia qualitative sia quantitative nella misura del 5% di singole categorie di lavoro** (10% per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro) **sempreché le stesse non comportino un aumento del corrispettivo contrattuale**. La norma dunque, molto opportunamente rimette all'imprenditore un margine, seppur modesto, di apprezzamento in ordine ad aggiustamenti progettuali relativi al rapporto tra le singole categorie di cui lo stesso si compone. La disposizione è ampiamente condivisibile in quanto è assai frequente che in sede di redazione della progettazione esecutiva emerga l'opportunità di procedere ad aggiustamenti nel rapporto tra le varie categorie di lavoro onde ottenere un risultato più apprezzabile.

***Artt. 168, comma 9, e 169, comma 8 - Modalità di pagamento del corrispettivo per le spese di progettazione nelle due forme di appalto integrato***

L'articolo 53, comma 3 bis, del codice stabilisce che, qualora l'appaltatore si avvalga di progettisti, il soggetto appaltante ha facoltà di prevedere nel bando di gara le modalità di **corresponsione diretta al progettista stesso del corrispettivo** inerente gli oneri di progettazione.

Qualora tale facoltà non sia esercitata, le due disposizioni regolamentari in argomento prevedono che il capitolato speciale debba necessariamente indicare termini e modalità di pagamento all'impresa del corrispettivo per la progettazione (definitiva ed esecutiva nella prima forma di appalto integrato, esecutiva nella seconda).

La prescrizione è quantomai opportuna in quanto il corrispettivo per la progettazione di fatto è disancorato dall'andamento dell'esecuzione dei lavori.

Sul punto è auspicabile che le amministrazioni, in aderenza alle regole generali di correttezza e ragionevolezza dell'azione amministrativa, stabiliscano per il pagamento delle progettazioni effettuate dall'impresa, termini ravvicinati rispetto al momento in cui le progettazioni stesse vengono approvate.

***Art. 170, commi 2 e 3 - Subappalto a cascata***

Viene ribadita la possibilità per il subappaltatore di subappaltare a sua volta alcune particolari opere specialistiche indicate all'art. 107, comma 2, lett. c), d), l) e t). Rispetto al vecchio testo viene **aggiunta la lettera t) e cioè la possibilità di procedere a subappalto a cascata delle lavorazioni concernenti il montaggio in opera di componenti strutturali in acciaio o metallo di cui si abbia la produzione in stabilimento (OS18-A; OS18-B)**. Il comma 3 opportunamente chiarisce, così eliminando possibili incertezze interpretative per amministrazioni ed appaltatori, che per i subcontratti in argomento l'appaltatore è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante preventivamente alla stipula. Ciò sta a significare che l'appaltatore non deve attendere alcuna autorizzazione o manifestazione di volontà del soggetto appaltante che comunque, ovviamente, può intervenire in qualsiasi momento ove

accerti motivi preclusivi per il subcontraente, stabiliti dalle norme per la lotta alla criminalità organizzata.

## ***Art. 170, comma 6 - Cottimo***

Viene introdotta la definizione di cottimo, consistente nell'affidamento della sola lavorazione relativa alla categoria subappaltabile, senza perciò le relative forniture (che per esempio, sono messe a disposizione dall'amministrazione). In tal caso è stabilito che il cottimista debba essere in possesso di qualificazione correlata all'importo totale dei lavori (comprese cioè le forniture) e non all'importo del contratto che risulta di entità inferiore.

## ***Art. 179, comma 1 - Lavori in economia compresi in contratto***

Relativamente ai lavori in economia compresi all'interno del corrispettivo contrattuale, il vecchio regolamento era lacunoso, in quanto non conteneva le modalità per contabilizzare tali lavori che, come è noto, non formano oggetto di precisa previsione progettuale ma vengono rimessi all'apprezzamento del direttore dei lavori a seconda delle esigenze che vengono a riscontrarsi (si tratta generalmente di lavori di modesta entità, di manutenzione o di ripristino o di rifinitura).

Il nuovo regolamento assai opportunamente stabilisce dette modalità di contabilizzazione, prevedendo che per i materiali si fa riferimento ai prezzi di elenco, mentre per la manodopera, i trasporti e i noli si fa riferimento alle **tariffe locali vigenti al momento dell'esecuzione dei lavori (in economia)** incrementati di spese generali ed utili ed applicazione del ribasso d'asta esclusivamente su queste ultime due voci.

## ***Art. 196 - Certificato di pagamento e Durc. Contenuto del Durc, indici di congruità ed effetti delle infrazioni***

In aderenza all'impostazione generale del regolamento in materia di DURC, l'art. 196 stabilisce che il rilascio del certificato di pagamento degli stati di avanzamento da parte del RUP è subordinato alla presentazione del DURC stesso, relativamente all'impresa appaltatrice e a tutti gli altri soggetti impiegati nell'esecuzione dell'opera.

E' stabilito che, qualora dal DURC risultino inadempienze contributive, il RUP, fatte le necessarie verifiche, trattiene dal certificato di pagamento gli importi corrispondenti alle inadempienze, che provvede a liquidare agli enti previdenziali competenti che ne abbiano richiesto il pagamento nelle forme di legge.

In ordine al contenuto del DURC ed agli accertamenti oggetto dello stesso, l'articolo 196, comma 3, stabilisce che la Cassa Edile verifica la congruità dell'incidenza della manodopera relativamente **allo specifico contratto** ai sensi dell'articolo 1, commi 1173 e 1174, della legge n. 296/2006. Queste ultime disposizioni stabiliscono che il Ministro del lavoro proceda con decreto alla determinazione **degli indici di congruità articolati per settore**. Ne consegue che la Cassa Edile dovrà verificare se, in relazione allo specifico lavoro oggetto del contratto, l'indice minimo di congruità stabilito con decreto risulti rispettato in relazione all'entità delle maestranze presenti.

Peraltro, le disposizioni in argomento vanno necessariamente correlate a quella di cui all'articolo 39, comma 3, del regolamento medesimo, secondo cui il progettista in sede di progettazione deve elaborare un quadro di incidenza della manodopera, che tenga conto delle

**diverse categorie di cui si compone l'opera.** L'articolo 39 fa riferimento all'articolo 86, comma 3 bis, del codice che prevede che il Ministro del lavoro emetta periodicamente apposite tabelle relative al costo del lavoro elaborate sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva.

Dal combinato disposto tra le disposizioni che precedono, sembra dunque che il progettista debba elaborare un documento sintetico che tenga conto delle varie lavorazioni di cui si compone l'opera e, di conseguenza, delle incidenze percentuali ponderali del costo del lavoro relative a ciascuna categoria, ma è da ritenere che in tale operazione sia vincolato a tenere conto in modo cogente delle tabelle ufficiali dell'incidenza percentuale della manodopera e del costo della manodopera. In altri termini, il progettista **non è libero** di procedere ad una stima autonoma, ma deve correlare i valori e le percentuali delle tabelle, che hanno carattere **vincolante**, allo specifico lavoro in relazione alla molteplicità di lavorazioni di cui lo stesso si compone. Ove così non fosse, le tabelle avrebbero mero valore indicativo e non vincolante, venendo così frustrata la reale finalità e ratio delle disposizioni sul DURC.

La Cassa Edile, pertanto, verificherà la congruità in argomento con riferimento alla stima compiuta in sede progettuale, **fermo che quest'ultima deve rigorosamente applicare le tabelle sui costi e sulle percentuali di incidenza.**

Particolarmente significativa è poi la disposizione di cui all'articolo 196, comma 7, che stabilisce che, qualora il DURC accerti il mancato rispetto da parte dell'impresa della stima di congruità effettuata in sede progettuale, il responsabile del procedimento ha un margine di discrezionalità nell'attuare alternativamente uno dei seguenti provvedimenti, tenendo conto della **entità dello scostamento** (e perciò delle inadempienze) rilevata:

- a) rinviare la valutazione di congruità al collaudo;
- b) diffidare l'impresa;
- c) proporre senz'altro la risoluzione del contratto

La disposizione in argomento risulta quantomai opportuna perché, di fatto, prevede una **gradualità** di sanzioni in relazione all'entità dell'infrazione. E, pertanto, se l'infrazione è macroscopica ed insanabile, ha luogo la risoluzione del contratto. Se invece l'infrazione è di media entità, viene previsto il rimedio della diffida all'appaltatore, perché incrementi in modo congruo la manodopera. Se, infine, l'infrazione viene ritenuta potenzialmente giustificabile (è da ritenere nei casi di lieve o anche di media entità dell'infrazione), qualsiasi ulteriore valutazione viene rinviata al momento del collaudo, nel contesto del quale l'appaltatore ha la possibilità di giustificare adeguatamente lo scostamento rilevato. In tal caso, se la giustificazione viene ritenuta accettabile dal responsabile del procedimento (è da ritenere, previo parere del collaudatore), la questione è da considerare sanata, salvo l'obbligo di darne comunicazione all'Osservatorio. Qualora invece la giustificazione non venga ritenuta dal RUP sufficiente, la stazione appaltante pone in essere i provvedimenti previsti in contratto. L'articolo 196 non specifica in cosa questi consistano e, pertanto, la stazione appaltante ha titolo per stabilire in contratto un'eventuale gradazione di sanzioni pecuniarie relativamente a tale ipotesi.

## ***Articolo 199 - Certificato di ultimazione dei lavori***

La disciplina relativa alla ultimazione dei lavori resta sostanzialmente invariata (obbligo dell'appaltatore di comunicare al direttore dei lavori l'ultimazione dei lavori; obbligo di quest'ultimo di redigere certificato attestante la data di ultimazione dei lavori).

La disposizione viene integrata dalla previsione che il direttore dei lavori è tenuto a redigere **in ogni caso** alla data di scadenza contrattuale, un verbale di constatazione sullo stato dei lavori, in **contraddittorio con l'appaltatore**. Ciò sta a significare che in caso di ritardo il direttore dei lavori deve comunque, alla scadenza contrattuale, verificare quanta parte dei lavori sia stata eseguita, verbalizzandone l'entità alla presenza dell'appaltatore che, perciò, in tale sede viene messo nella condizione di contestare l'accertamento effettuato ed inoltre di esprimere le sue eventuali osservazioni circa la non imputabilità del ritardo al proprio operato.

Si tratta perciò di disposizione assai opportuna in quanto, in un'ottica di trasparenza del rapporto tra direzione dei lavori ed appaltatore, mette quest'ultimo nella condizione di avanzare tempestivamente le sue contestazioni

## ***Art. 215, comma 4 - Collaudo in corso d'opera***

Viene stabilita l'obbligatorietà del collaudo in corso d'opera, a condizione che non sussistano i presupposti per il rilascio del certificato di regolare esecuzione.

La disposizione sembra doversi interpretare nel senso che in tutti i casi in cui è obbligatorio (appalti fino a 500.000,00 euro) o facoltativo (appalti da 500 mila ad 1 milione di euro) il certificato di regolare esecuzione, viene rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione se dare luogo o meno al collaudo in corso d'opera, a seconda della rilevanza e difficoltà dell'intervento. Naturalmente, perché l'amministrazione possa in ogni caso attuare il collaudo in corso d'opera, devono ricorrere le ipotesi previste all'art. 215, comma 4 (lavorazioni non più ispezionabili successivamente; aggiudicazione a ribasso superiore alla soglia di anomalia; concessioni; appalto integrato; ecc.).

Risulta eliminata dall'obbligo di effettuare il collaudo in corso d'opera l'ipotesi di appalto integrale [art. 2, comma 1, lett. i), del D.P.R. n. 554/1999], quello cioè comprendente sia la parte architettonica, sia quella strutturale, sia quella impiantistica; in questa ipotesi pertanto il collaudo in corso d'opera diviene facoltativo.

## ***Art. 216 - Collaudatore***

E' stabilito (comma 2) che, nel caso di lavori che richiedano più professionalità, il collaudo possa essere affidato ad una commissione composta da due o tre membri. E' stata introdotta poi la possibilità (comma 4) che uno dei membri della commissione sia un funzionario amministrativo della stazione appaltante con laurea in scienze giuridiche o economiche che abbia prestato servizio per almeno cinque anni nella pubblica amministrazione.

Viene ribadito che l'incarico di collaudo deve essere conferito a dipendenti della stessa amministrazione o di altre amministrazioni sulla base di criteri di rotazione e che soltanto in caso di carenza di organico possa essere affidato a soggetti esterni.

Per l'affidamento a soggetti esterni (comma 10) è stabilito debba darsi luogo alle procedure di gara relative all'affidamento dei servizi di cui agli articoli 273 e seguenti del regolamento.

### ***Art. 228 - Varianti migliorative o aggiuntive non autorizzate***

Viene modificato l'art. 198 del D.P.R. n. 554/1999 nel senso che possono essere ammesse in contabilità, previo parere favorevole dell'organo di collaudo, varianti o opere aggiuntive non preventivamente autorizzate, ma soltanto nel caso in cui sia accertato che esse siano meritevoli di collaudo e siano **indispensabili per l'esecuzione dell'opera** (il testo precedente richiedeva soltanto che si trattasse di lavorazioni meritevoli di collaudo).

La disposizione è particolarmente delicata ed importante in quanto, per il riconoscimento del corrispettivo relativo a lavorazioni non preventivamente approvate con apposita perizia, è richiesto il carattere della loro indispensabilità e cioè l'esistenza di un nesso di causalità diretto tra tali lavorazioni e la finalità che l'opera risulti realizzata a perfetta regola d'arte e senza vizi.

### ***Art. 230 - Presa in consegna anticipata***

L'art. 200 del D.P.R. n. 554/1999 consentiva la presa in consegna anticipata dell'opera da parte dell'amministrazione (prima cioè che fosse intervenuto il collaudo provvisorio), alla condizione che tale possibilità fosse stata prevista nel contratto. Nel testo dell'art. 230 del nuovo regolamento tale condizione è stata eliminata e, pertanto, l'amministrazione può procedere alla presa in consegna anticipata dell'opera, dopo l'ultimazione dei lavori e prima del collaudo, tutte le volte che abbia la necessità di utilizzarla per le sue finalità istituzionali.

### ***Art. 234 - Decisione sulle riserve all'atto del collaudo***

Si ricorda che l'articolo 240 del codice, ai commi 6 e 14, prevede l'avvio del procedimento finalizzato all'eventuale conclusione di accordo bonario al momento del ricevimento da parte del responsabile del procedimento del certificato di collaudo o di regolare esecuzione. Ciò sta a significare che la commissione o il RUP (a seconda dei casi) deve formulare entro 90 giorni proposta di accordo bonario, sulla quale devono pronunciarsi le parti nei successivi 30 giorni.

La disposizione del codice prevede una articolata procedura finalizzata all'accordo bonario, con prescrizione e termini vincolanti per il responsabile del procedimento, per la commissione e per l'appaltatore.

L'articolo 234 del regolamento, al comma 2, prevede invece che la stazione appaltante, entro 60 giorni dalla ricezione del collaudo, debba deliberare non soltanto su questo ma anche **sulle domande dell'appaltatore**.

La disposizione, dunque, si sovrappone alla disciplina codicistica di decisione delle riserve al collaudo ed in qualche modo si pone in contrasto con la medesima.

Nel contrasto tra le due disposizioni si ritiene debba darsi prevalenza a quella di rango superiore, e cioè a quella codicistica, nel senso che, per le riserve non ancora risolte all'atto del collaudo, debba sempre e comunque darsi luogo all'avvio del procedimento di accordo bonario procedimentalizzato nell'articolo 240 del codice.

## ***Art. 237 - Certificato di regolare esecuzione***

Viene stabilito che, nei casi in cui è ammesso il certificato di regolare esecuzione (obbligatoriamente per gli appalti fino a 500 mila euro e facoltativamente per quelli da 500mila a 1 milione di euro), allo stesso si applicano le disposizioni di cui all'art. 229, commi 3 e 4, e all'art. 235. Ciò sta a significare che anche **il certificato di regolare esecuzione ha carattere provvisorio ed assume carattere definitivo trascorsi due anni dalla sua emissione**. Entro tale termine, l'amministrazione può fare valere eventuali vizi dell'opera emersi successivamente al certificato stesso. Inoltre, anche nel caso di certificato di regolare esecuzione si procede allo svincolo della cauzione definitiva e al pagamento della rata di saldo, all'atto della sua emissione.

La circostanza che l'art. 237 richiami espressamente soltanto l'applicabilità dell'art. 229, commi 3 e 4 e dell'art. 235 sembra doversi intendere nel senso che il direttore dei lavori non è tenuto a seguire tutte le altre norme procedurali inerenti l'attività del collaudatore e possa pertanto procedere a sua discrezione con accertamenti sommari volti comunque a consentire la verifica della corretta esecuzione dell'opera.

## **DISCIPLINA REGOLAMENTARE DEI CONTRATTI RELATIVI AI SETTORI SPECIALI**

La parte quinta del Regolamento contiene disposizioni specifiche in materia di contratti di lavori, servizi e forniture, nei settori c.d. speciali e cioè relativi alle attività rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva n. 2004/17/CE (messa a disposizione di reti per la fornitura dell'acqua potabile, per la fornitura dell'energia termica, elettrica o gas, per il servizio di trasporto, compreso quello ferroviario, estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili; messa a disposizione di aeroporti e porti marittimi o fluviali; servizi postali).

Si tratta di una disciplina che non era presente nel testo del D.P.R. n. 554/1999 e che costituisce attuazione e specificazione della normativa contenuta nella parte III del codice dei contratti pubblici.

### ***Art. 353 - Qualificazione***

Come è noto, una delle più rilevanti differenze della disciplina dei settori speciali rispetto a quella dei settori tradizionali riguarda il sistema di qualificazione, secondo il seguente schema:

1. i soggetti aggiudicatori che sono amministrazioni pubbliche possono:
  - a) utilizzare il sistema di qualificazione SOA;
  - b) in alternativa, istituire **un proprio sistema di qualificazione**, da rendere noto attraverso la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, che deve conformarsi ai criteri di qualificazione fissati dal regolamento.
2. i soggetti aggiudicatori che sono imprese pubbliche ovvero soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi possono:

- a) utilizzare il sistema di qualificazione SOA;
- b) istituire un proprio sistema di qualificazione secondo i criteri sopra indicati;
- c) **accertare i requisiti di qualificazione gara per gara**, sulla base di criteri indicati nel bando, che devono essere stabiliti nel rispetto dei principi desumibili dalla normativa del codice in tema di qualificazione.

In conformità a tale disciplina, il regolamento precisa ulteriormente l'ambito di discrezionalità che la normativa primaria riserva ai soggetti aggiudicatori nello stabilire i requisiti degli operatori. In base all'art. 353 detta discrezionalità si risolve nella possibilità di richiedere **requisiti ulteriori**, rispetto a quelli previsti dal sistema di qualificazione ordinario, stabiliti in relazione alla normativa tecnica, alle regole dell'arte, alle omologazioni, alle esigenze di sicurezza e continuità del servizio reso dagli enti aggiudicatori, che caratterizzano le attività rientranti nei settori speciali.

In altri termini, si tratta di ulteriori requisiti che devono essere strettamente collegati alla specificità del settore nel quale opera il soggetto aggiudicatore.

A titolo di esempio, la disposizione fa riferimento alla soglia minima del fatturato specifico o all'esecuzione di contratti analoghi nel particolare settore in cui opera l'ente aggiudicatore, ovvero alla disponibilità di attrezzature o figure professionali specifiche, connesse alla specificità delle prestazioni contrattuali od alla garanzia di continuità e di sicurezza del servizio pubblico che deve rendere l'ente aggiudicatore.

In ogni caso, la disposizione ribadisce l'obbligo per le amministrazioni e gli altri soggetti aggiudicatori di rispettare i principi di proporzionalità e adeguatezza nello stabilire gli ulteriori requisiti ed il periodo rilevante per la loro dimostrazione.

Va infine ricordato, come precisa il regolamento, che gli ulteriori requisiti in argomento possono essere richiesti dai soggetti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici (imprese pubbliche e privati titolari di un diritto di esclusiva) anche a prescindere dall'istituzione di un sistema di qualificazione. In tal caso essi dovranno essere indicati nei singoli bandi di gara.

### ***Art. 354 - Appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria***

Si ricorda che il codice stabilisce la disciplina applicabile ai contratti sotto soglia nei settori speciali, prevedendo:

- a) per i contratti stipulati dalle amministrazioni aggiudicatrici, l'applicazione della stessa disciplina dei contratti sopra soglia;
- b) per i contratti stipulati da altri soggetti aggiudicatori (imprese pubbliche e privati titolari di diritti speciali o esclusivi), l'applicazione della disciplina stabilita nei propri regolamenti che deve essere conforme ai principi del Trattato CE.

Il regolamento si limita a richiamare, per i contratti sub a), le proprie disposizioni che danno attuazione alle norme primarie richiamate dal codice.

## ***Art. 355 - Norme di carattere organizzativo***

L'art. 355 chiarisce che ai soggetti aggiudicatori, che non sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano le disposizioni relative agli organi del procedimento ed, in particolare, quelle relative al responsabile unico del procedimento, mentre non si applicano le norme sulla programmazione.

## ***Art. 352 - Disciplina regolamentare comune ai settori ordinari***

L'art. 352 richiama espressamente le disposizioni contenute nelle altre parti del regolamento applicabili anche ai contratti da stipulare nell'ambito dei settori speciali.

Si tratta delle disposizioni attuative delle norme primarie previste dal codice per i settori ordinari ed applicabili anche ai settori speciali, in virtù del richiamo di cui all'art. 206 del codice stesso.

\*\*\*    \*\*\*    \*\*\*    \*\*\*

La vastità sia del Codice degli appalti pubblici sia del Regolamento di attuazione, commentato in questa sede, inevitabilmente richiederà ulteriori approfondimenti ed integrazioni che questa Associazione avrà cura di effettuare su richiesta delle Associazioni territoriali in ordine a specifici argomenti e/o questioni che dovessero emergere.