



*Commento alle novità introdotte dal D. Lgs. n. 152/2008
(III° Decreto Correttivo al Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture)*

E' entrato in vigore il 17 ottobre u.s., (pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 231 del 2 ottobre 2008), il **decreto legislativo n. 152/2008** che, proseguendo la graduale revisione del Codice dei Contratti (decreto legislativo n. 163/06) consentita dalla legge delega n. 62/05, lo integra e modifica in modo sostanziale.

Al fine di fornire un utile e snello strumento di lavoro e di approfondimento ad amministratori locali e operatori del settore, l'ANCI ha elaborato la presente nota di lettura del decreto in oggetto, tralasciando il commento delle modifiche meramente formali ed evidenziando invece le novità maggiormente significative e d'impatto per le amministrazioni comunali. In particolare, ci si è soffermati su tutte quelle disposizioni rispetto alle quali si sono riscontrate criticità di attuazione.

Seguono, in allegato, le norme del codice dei contratti pubblici modificate e/o integrate dal terzo correttivo.

➤ **Accesso agli atti**

All'art. 13 (Accesso agli atti e divieti di divulgazione) **comma 2** - che deve essere letto in correlazione alla modifica apportata **all'art. 88** (Procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse) **comma 7** - è stata aggiunta la lettera **c-bis**.

Con tale modifica è stato disposto che, ad esclusione degli *appalti secretati o la cui esecuzione richieda speciali misure di sicurezza*, il diritto di accesso è differito anche *in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva*.

Pertanto, fino a quando non vi sarà l'aggiudicazione definitiva, a seguito della definizione del procedimenti di verifica dell'anomalia dell'offerta, la stazione appaltante non dovrà concedere l'accesso agli atti. E' stabilito dall'art. 88 comma 7 riformulato che la stazione appaltante potrà dichiarare le eventuali esclusioni e l'aggiudicazione definitiva, in favore della migliore offerta non anomala, solamente dopo la conclusione del procedimento di verifica progressiva delle offerte "presunte" anomale.

➤ **Opere di urbanizzazione a scomputo**

Gli artt. 32 (Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori) **comma 1 lett. g)** e **122** (Disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sottosoglia) **comma 8**, modificano la disciplina per la realizzazione di opere (di urbanizzazione) pubbliche primarie e secondarie rispettivamente di importo superiore e inferiore alla soglia comunitaria (5.150.000 euro), a scomputo degli oneri di urbanizzazione che gravano sul titolare il permesso di costruire.

Chi ha diritto a richiedere il permesso di costruire non assume più la veste di promotore. Ciò che può fare è presentare all'Amministrazione un progetto preliminare delle opere di urbanizzazione. Sulla base di tale progetto preliminare viene indetta una gara che dovrà essere svolta:

- a) nelle forme ordinarie, per le opere di urbanizzazione primaria e secondaria, a scomputo totale o parziale, sopra soglia comunitaria (art. 32);

- b) invitando almeno cinque imprese tramite procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, per le opere di urbanizzazione primaria e secondaria sotto soglia comunitaria (art. 122).

E' opportuno evidenziare, al riguardo, che prima della modifica apportata dal decreto in commento, il testo del Codice dei contratti faceva tre suddivisioni:

- 1) realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria sopra soglia comunitaria;
- 2) realizzazione di opere di urbanizzazione secondaria sotto soglia comunitaria;
- 3) realizzazione di opere di urbanizzazione primaria sotto soglia comunitaria.

Per quest'ultima ipotesi, ovvero per la realizzazione di parcheggi, spazi verdi, strade ecc. prima del D.Lgs 152/08 era ammesso l'affidamento diretto.

Il nuovo testo dell'art. 122, comma 8, disciplina le modalità di affidamento di tutte le opere di urbanizzazione, sia primarie che secondarie, sotto soglia comunitaria.

Il legislatore ha apportato tali modifiche per aderire alle osservazioni della Commissione europea e al parere espresso dal Consiglio di Stato che hanno criticato aspramente gli "affidamenti diretti" delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria.

Un'altra novità introdotta dal legislatore è che il soggetto che ha diritto a richiedere il permesso di costruire, all'esito della predetta gara, non avrà alcuna prelazione verso l'aggiudicatario.

Il progetto preliminare, che deve essere presentato in sede di richiesta del permesso di costruire, dovrà contenere, in allegato:

- lo schema del contratto di appalto
- il termine entro il quale le opere devono essere completate.

➤ **Soggetti ammessi agli appalti pubblici**

All'art. 34 del Codice degli appalti (Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici) comma 1, è stata introdotta la lettera f-bis, con cui sono stati aggiunti, tra gli operatori ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, anche persone giuridiche costituite secondo la legislazione degli altri Stati membri.

Si raccomanda pertanto la massima attenzione nell'ammettere tali soggetti alla partecipazione alle gare d'appalto a seguito dell'entrata in vigore del decreto in commento.

➤ **Consorzi stabili**

La disciplina dei consorzi stabili contenuta nell'articolo 36 comma 5 del codice degli appalti aveva creato una disparità di trattamento tra consorzi stabili da una parte, e consorzi fra società cooperative e consorzi tra imprese artigiane dall'altra. Il terzo decreto correttivo è intervenuto abrogando il divieto di partecipazione congiunta alle gare dei consorzi stabili e delle imprese consorziate. Tale divieto opera solo per l'impresa consorziata che è stata indicata come esecutrice in sede di offerta.

L'unica eccezione ammessa, in cui vi è il divieto di partecipazione alla stessa procedura di gara del consorzio e dei consorziati, attiene ad una gara (sia essa di lavori, servizi e forniture), per importo inferiore o pari a un milione di euro, in cui viene applicata la procedura di esclusione automatica delle offerte anomale.

➤ **Opere superspecializzate**

Con l'articolo 1, comma 1, lettera h) del decreto correttivo, viene sostituito l'articolo 37, comma 11, del Codice dei contratti e, relativamente al subappalto delle opere di specializzazione che non costituiscono categoria prevalente e che superano il 15% dell'importo dei lavori, viene fissato il limite del 30% di subappaltabilità senza alcuna limitazione per il limite del ribasso.

La disciplina previgente disponeva il divieto di subappalto, per un importo superiore al 15% dei lavori, per le opere cd. "superspecializzate", tra le quali sono ricomprese quelle idrico-sanitarie, di

riscaldamento, prefabbricato ecc. e, sostanzialmente, per partecipare ad una gara veniva imposta una forma giuridica ben delineata: le A.T.I. verticali, ovvero le Associazioni Temporanee d'impresa in cui l'impresa "capogruppo" fornisce direttive e le imprese minori eseguono.

Altra una novità rilevante per i Comuni è che dovranno direttamente corrispondere al subappaltatore la somma delle prestazioni eseguite dal medesimo, per conto dell'appaltatore-aggiudicatario, purchè quest'ultimo provveda a comunicare al Comune:

- le effettive prestazioni eseguite dal subappaltatore;
- l'importo delle prestazioni eseguite;
- una proposta motivata di pagamento.

Per il pagamento diretto al subappaltatore si pongono alcuni problemi derivanti dal fatto che il contratto di subappalto è esterno al rapporto negoziale tra stazione appaltante e appaltatore.

In termini pratici non ci sono problemi per le modalità di pagamento, quanto, invece, in relazione alla congruità del prezzo rispetto alle due fondamentali obbligazioni imposte dal legislatore in capo alle stazioni appaltanti relative agli oneri per la sicurezza ed ai minimi salariali. Rispetto agli oneri per la sicurezza, questi non sono assoggettati a ribasso ma è necessario che l'appaltatore rispetti l'integrità delle voci di lavoro indicate nel progetto cui si riferiscono gli oneri (spesso accade che vengano subappaltate parti di lavorazioni non complete o diverse rispetto a quelle inquadrate in progetto con evidenti difficoltà nel ricostruire i relativi prezzi e, conseguentemente, anche gli oneri per la sicurezza). Quanto ai minimi salariali il problema per le amministrazioni è maggiore perché le stesse sono chiamate in causa direttamente per garantire tale controllo. La criticità è rappresentata dalla relazione che intercorre tra il ribasso formulato dall'appaltatore in sede di gara, che può di per sé essere anche ai limiti dell'anomalia, ed il ribasso ammesso fino al 20% da parte del subappaltatore nei confronti dell'appaltatore. L'intervenuta obbligazione di pagamento diretto del subappaltatore da parte della stazione appaltante pone il problema, per queste ultime, del dover garantire il rispetto dei limiti di cui sopra, senza governo alcuno del rapporto negoziale tra appaltatore e subappaltatore.

➤ **Esclusione dalla partecipazione alle gare**

Con la modifica dell'articolo 38 (Requisiti di ordine generale), comma 1 lett. h), è stato stabilito che non può partecipare per un anno, alle gare di pubblici appalti, colui che fornisce false dichiarazioni, anche se subappaltatore. Pertanto, le dichiarazioni false rese dal subappaltatore, per ottenere l'autorizzazione al subappalto, dovranno essere trasmesse dall'appaltatore alla Stazione appaltante, la quale, a sua volta, qualora riscontri effettivamente tali falsità, dovrà darne segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici.

➤ **Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi**

Attraverso la modifica dell'articolo 41 del Codice, viene precisato che, negli appalti di servizi e forniture, le idonee dichiarazioni di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati, atte a dimostrare il requisito della capacità economica del concorrente, devono essere presentate già in sede di presentazione dell'offerta..

Ciò implica, per i Comuni, un'anticipazione della fase di raccolta dei documenti, laddove prima del D.L. le imprese potevano produrre i documenti in sede di verifica dei requisiti.

➤ **Controlli sul possesso dei requisiti**

Viene introdotto il comma 1bis all'articolo 48 del Codice. La modifica prevede che, qualora le Stazioni appaltanti ricorrano alla cosiddetta "forcella" ossia quell'istituto che consente di limitare il numero dei soggetti da invitare, il possesso dei requisiti per la partecipazione deve essere comprovato in sede di offerta.

➤ **Avvalimento**

L'istituto dell'avvilimento, **articolo 49** del Codice degli appalti, è stato ampliato modificato dal decreto in commento.

Nel dettaglio, le modifiche apportate all'articolo 49 del Codice dei Contratti sono sostanzialmente due. La prima ha totalmente riscritto il comma 6 che originariamente prevedeva l'illegittimità del c.d. doppio avvilimento consentendolo solo nei confronti di un'impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria. La nuova formulazione introdotta dal terzo correttivo consente, nell'ambito dei servizi e delle forniture di ricorrere liberamente all'istituto dell'avvalimento che non risulta più esser limitato, nemmeno parzialmente.

Per i lavori invece è ammesso l'avvalimento di più imprese per ogni singola categoria di qualificazione purchè il bando di gara lo preveda espressamente e solo per appalti particolari e di importo elevato.

Altra importantissima novità consiste nell'abrogazione del comma 7 dello stesso articolo 49. Il comma 7 prevedeva che i bandi di gara potessero consentire un avvalimento parziale limitato, consentendolo solo per requisiti economici, solo per requisiti tecnici, solo per integrare un requisito già posseduto dall'impresa che partecipa alla gara nella misura indicata nel bando. Il comma 7 del Codice dei contratti aveva, già prima della sua abrogazione aveva sollevato dubbi interpretativi, sia a livello dottrinario che a livello giurisprudenziale. In particolare era stato rilevato che esso costituisse eccezione al sistema e configgesse con le disposizioni contenute negli articoli 47 e 48 della Direttiva 2004/18/Ce e 2004/17/Ce che riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti senza alcuna limitazione.

Va evidenziato che con le suindicate modifiche si è ottenuta una restrizione del ricorso all'avvalimento solo per il settore dei lavori. I Comuni dovranno pertanto fare attenzione nel fornire adeguate motivazioni qualora ritengano non applicabile lo strumento dell'avvalimento, indicando, se del caso, le ragioni oggettive che giustifichino determinate restrizioni.

Le Amministrazioni locali devono, tuttavia, provvedere ad effettuare un controllo sul contenuto degli avvalimenti proposti dai candidati, proprio in virtù del quadro storico nazionale in cui ci si muove, evitando di autovincolarsi con clausole "blindate" ed aprendosi, durante il procedimento amministrativo, ad eventuali dialoghi con gli operatori economici.

➤ **Tipologia e oggetto dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture**

Con la modifica dell'articolo 53 commi 2 lett. c) e 4, si individuano i casi in cui il contratto deve essere stipulato a corpo o misura, stabilendo in linea generale che venga stipulato a corpo il contratto per:

- appalti di sola esecuzione
- appalti di progettazione ed esecuzione

E' consentita, con la nuova formulazione, la possibilità di stipulare contratti a misura per:

- appalti di sola esecuzione di importo inferiore a € 500.000
- appalti riguardanti lavori di manutenzione, restauro, scavo archeologico, opere in sotterraneo e di consolidamento dei terreni.

Per quanto riguarda l'appalto integrato, disciplinato dall'art. 53 commi 2 e 3, molti Comuni si sono trovate, per lungo tempo, in situazioni di incertezza applicativa.

Dall'ultimo intervento normativo parrebbe consentito, per le Stazioni appaltanti, fino all'emanazione del Regolamento attuativo ex art. 5 del Codice, l'applicazione delle disposizioni previste dall'art. 19 della Legge Merloni in merito appunto "all' appalto integrato".

Un'ulteriore previsione contenuta nell'art. 53 comporterà per i Comuni, in sede di gara, di dover valutare il ribasso, proposto dal concorrente nell'ambito dell'offerta economica, omnicomprensivo di tutte le prestazioni, laddove, nella precedente disciplina, vi era l'obbligo di differenziare il prezzo per:

- progetto definitivo
- progetto esecutivo
- esecuzione dei lavori.

➤ **Dialogo competitivo**

Con la modifica apportata **all'articolo 58 del Codice degli appalti**, è stata eliminata la possibilità, per le Stazioni appaltanti, di specificare i criteri di valutazione di cui all'art. 83 comma 2, prima della presentazione dell'offerta. Pertanto le Stazioni appaltanti dovranno provvedere a determinare i criteri di valutazione già nella fase precedente di predisposizione del bando di gara.

E' stata, inoltre, abrogata la previsione, per tale specifico ambito, di aggiudicazione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

➤ **Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni**

L'art. 79 comma 5 b-bis) per come modificato dal terzo correttivo implica un onere aggiuntivo, per i Comuni, di informazione da fornire ai candidati ed agli offerenti, circa i motivi per i quali l'Amministrazione decide di non aggiudicare un appalto o di non concludere un Accordo quadro.

➤ **Criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa**

Con la modifica dell'art. 83 comma 4 del Codice dei contratti, la Commissione giudicatrice non può più fissare, prima dell'apertura delle offerte, i criteri motivazionali cui si atterrà per assegnare a ciascun elemento e sub-elemento di valutazione i punteggi prestabiliti nel bando.

Pertanto le Stazioni appaltanti dovranno predeterminare, già in sede di predisposizione del bando, le modalità di ripartizione dei punteggi per ogni criterio di valutazione.

Si rileva che con l'eliminazione della possibilità in capo alle commissioni giudicatrici di individuare criteri motivazionali per l'attribuzione di punteggi specifici all'interno dell'intervallo minimo/massimo presente nel bando, viene meno il rischio che gli offerenti non conoscano, al momento di preparazione delle offerte, degli elementi valutativi che, se noti, avrebbero modificato la composizione della loro offerta. Residua comunque il rischio che tali criteri motivazionali vengano comunque, anche se informalmente, adottati dalle commissioni giudicatrici.

In merito all'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, poiché molte stazioni appaltanti hanno manifestato forti perplessità sul corretto utilizzo di tale criterio, ciò ha indotto l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture a pronunciarsi con la recente Determinazione n. 5 dell'8 ottobre 2008.

Nella previgente disciplina di lavori, contenuta nella Legge Merloni, veniva in qualche modo privilegiato il criterio del prezzo più basso.

Nella previgente disciplina di forniture e servizi (D.Lgs 358/92 e D.Lgs 157/95), invece, era disposta la facoltà, della stazione appaltante, di scegliere alternativamente fra i due criteri.

Nell'attuale formulazione dell' art. 81 del Codice, valevole per lavori, servizi e forniture, è stabilito che la migliore offerta può essere scelta, indistintamente, con:

- il criterio del prezzo più basso;
- il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Pertanto, al fine di consentire ai Comuni un utilizzo appropriato dei due criteri, ma nello stesso tempo ribadendo quanto affermato dalla normativa comunitaria, circa la discrezionalità tecnica della stazione appaltante, nello scegliere il criterio di aggiudicazione, l'ANCI riporta, con il presente documento,

alcuni principi, a cui i Comuni potranno attenersi, enunciati dall’Autorità nella sopracitata determinazione.

Il criterio del prezzo più basso dovrebbe essere adottato qualora l’oggetto del contratto non abbia un particolare valore tecnologico o si svolga in base a procedure diffusamente standardizzate.

Diversamente il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa dovrebbe essere utilizzato quando le caratteristiche oggettive dell’appalto facciano ritenere importanti alcuni aspetti qualitativi quali:

- *L’organizzazione del lavoro*
- *Le caratteristiche tecniche dei materiali*
- *L’impatto ambientale*
- *La metodologia utilizzata*

➤ **Aste elettroniche**

Con la modifica dell’art. 85 comma 7, si attribuisce alle stazioni appaltanti la facoltà di attuare una valutazione delle offerte, prima di procedere all’asta elettronica, in seduta riservata, al fine di evitare l’ipotesi di “cordate” fra imprese le quali incontrandosi, invece, in una seduta pubblica potrebbero mettersi d’accordo per i rilanci delle offerte nel corso dell’asta elettronica.

Tale modifica, pertanto, rappresenta una forma di garanzia per i Comuni e potrebbe consentire lo svolgimento del procedimento, auspicabilmente scevro da eventuali accordi fra imprese.

➤ **Progettazione interna ed esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici**

Con la modifica dell’art. 90 comma 1 lett. f-bis), si è ampliato il ventaglio di potenziali affidatari di incarichi vari, quali: progettazione, direzione lavori, di supporto tecnico-amministrativo alle attività del RUP e del dirigente per la formazione del programma triennale delle OOPP.

In sostanza ora è possibile per le Stazioni appaltanti affidare detti incarichi anche a *“prestatori di servizi di ingegneria ed architettura stabiliti in altri strati membri e costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi paesi”*. Pertanto, già in sede di predisposizione del bando di gara per l’affidamento degli incarichi sopradescritti, le Stazioni appaltanti dovranno includere nell’elenco dei soggetti ammessi a partecipare al bando, anche i prestatori di servizi, come meglio precisati sopra.

➤ **Procedure di affidamento**

Con la modifica dell’art. 91 commi 1 e 2 viene stabilito che, qualora occorra fare un affidamento a soggetti esterni all’Amministrazione, per incarichi di collaudo di importo pari o superiore a € 100.000,00 le Stazioni appaltanti dovranno seguire le procedure dell’evidenza pubblica, similamente agli altri incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza, direzione lavori.

➤ **Corrispettivi, incentivi per la progettazione e fondi a disposizione delle stazioni appaltanti**

Il comma 7 bis dell’articolo 92 dispone che le Stazioni appaltanti, nella predisposizione del quadro economico di ciascun intervento, tra le spese tecniche, dovranno includere anche “l’assicurazione dei dipendenti” e “le spese di carattere strumentale sostenute dalle amministrazioni aggiudicatrici in relazione all’intervento”.

La norma, non circoscrivendo espressamente l’ambito soggettivo di applicazione della norma al solo dipendente tecnico che svolge prettamente attività di progettazione e verifica, farebbe pensare ad un’estensione anche ai dipendenti che svolgono prestazioni amministrative e contabili. Tuttavia, anche alla luce degli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali della Corte dei Conti che tendono ad escludere la copertura assicurativa di dipendenti e amministratori per responsabilità amministrativo-contabile, si ritiene più prudente per i Comuni applicare la norma con riferimento ai soli dipendenti “tecnici”.

➤ **Verifica della progettazione prima dell'inizio dei lavori**

La modifica introdotta con il comma 4-bis dell'articolo 112 desta non poche perplessità in quanto le rettifiche introdotte dal decreto correttivo non avrebbero dovuto comportare oneri aggiuntivi per le Amministrazioni. Di fatto invece la norma ha previsto che, prima dell'inizio delle procedure di affidamento, chi dovrà svolgere attività di verifica della progettazione, dovrà disporre, sin dal momento dell'accettazione dell'incarico, di una polizza di responsabilità civile professionale.

Il premio di tale polizza sarà a carico dell'Amministrazione, qualora si tratti di soggetti interni alla stazione appaltante; sarà invece a carico del medesimo soggetto, qualora lo stesso sia esterno all'amministrazione.

➤ **Cessione dei crediti derivanti dal contratto. Articolo 117 comma 3**

Con la modifica apportata, il termine attribuito alle Stazioni appaltanti per notificare al cedente e al cessionario il rifiuto alla cessione dei crediti maturati come corrispettivo d'appalto è passato da 15 a 45 giorni.

In tal modo i Comuni hanno più tempo a disposizione per istruire le istanze di cessione del corrispettivo, valutando l'opportunità della cessione medesima, poiché i Comuni devono considerare la convenienza ad accettare la cessione dei crediti intercorsa fra cedente e cessionario, in quanto detta cessione potrebbe pregiudicare l'esecuzione del contratto e, quindi, l'interesse dell'Amministrazione alla corretta esecuzione del medesimo.

➤ **Subappalto, attività che non costituiscono subappalto e tutela del lavoro. Articolo 118 comma 2 e 6**

La modifica del terzo correttivo stabilisce che le Stazioni appaltanti non possono vietare il subappalto della quota parte delle prestazioni affidate.

Inoltre è stato previsto che, per quanto attiene al DURC, gli affidatari ed i subappaltatori non devono più trasmettere periodicamente copia dei versamenti effettuati agli organismi paritetici poiché è tutto incluso nel DURC il quale deve essere inoltrato dall'affidatario e/o subappaltatore alla stazione appaltante per il pagamento degli stati d'avanzamento lavori e a fine lavori e deve comprendere, inoltre, allo scopo di rendere più efficaci gli strumenti utilizzati nella lotta al lavoro nero, *“la verifica della congruità dell'incidenza della manodopera relativa allo specifico contratti affidato”*.

➤ **Collaudo**

Il decreto in commento aggiunge un comma all'art. 120 (si tratta del comma 2-bis) del codice, concernente il collaudo e recante il rinvio al regolamento della determinazione delle modalità di verifica della conformità delle prestazioni al contratto (commi 1 e 2). Il nuovo comma invece contiene una disposizione di sicuro rilievo per le stazioni appaltanti, in quanto comporta per le stessa l'obbligo di valutare prioritariamente all'interno delle proprie strutture o di altre amministrazioni aggiudicatrici la disponibilità di professionalità adeguate allo svolgimento dell'incarico di collaudo

Con la modifica introdotta viene sostanzialmente regolamentato l'istituto del collaudo, con un disciplina tendente a far svolgere dette attività all'interno delle stazioni appaltanti.

Viene, pertanto, affermato il principio che l'attività di collaudo e verifica di conformità rappresenta attività tipicamente “propria” delle stazioni appaltanti.

I Comuni, sulla base dei curricula e di altri elementi, dovranno individuare, a priori, i requisiti di elevata qualificazione dei dipendenti, nel rispetto dei principi di rotazione e trasparenza e motivare, nel dettaglio, la scelta operata.

Qualora non ci siano né all'interno della propria Amministrazione, né facilmente reperibili presso altre Amministrazioni, dipendenti con dette specificità (tale carenza dovrà essere affermata e motivata dal

Responsabile del procedimento), solamente in tale ipotesi la stazione appaltante potrà ricorrere all'affidamento di tali incarichi ricorrendo a soggetti esterni, in base a quanto previsto dall'art. 91 del codice dei contratti.

Le criticità maggiori sono avvertite, come avviene frequentemente, dai piccoli comuni che quasi sempre non hanno nel loro interno professionalità in grado di svolgere attività altamente specializzate.

Questo comporta la necessità di ricorrere all'esterno con le conseguenze che ne derivano quali: predisposizioni di bandi per affidamento di servizi che implicano tempi medio-lunghi e costi elevati.

Pertanto una delle soluzioni possibilmente praticabili potrebbero essere, in presenza di interventi finanziati da più Amministrazioni, di avvalersi (in particolare in caso di piccole stazioni appaltanti) di personale di altre Amministrazioni, con le quali sottoscrivere intese specifiche.

➤ **Offerte anomale**

Il decreto in commento ha modificato la soglia minima entro cui la stazione appaltante può prevedere la c.d. esclusione automatica delle offerte che venissero ritenute "anomale", nell'ambito del procedimento di aggiudicazione di un appalto, facoltà dapprima prevista per tutte le procedure di aggiudicazione di contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, qualora il numero delle offerte presentate fosse superiore a cinque.

L'attuale formulazione ha invece previsto tale possibilità esclusivamente:

- per lavori, oggetto dell'appalto, di importo inferiore o pari ad 1 milione di euro
- per servizi e forniture, oggetto d'appalto, di importo inferiore o pari a 100.000,00 euro

In ogni caso i Comuni non potranno utilizzare tale meccanismo qualora le offerte ammesse alla gara siano inferiori a 10. Occorre osservare che nella precedente disciplina tale numero era fissato a 5.

Sotto altro profilo, il decreto in commento ha anche leggermente rimodulato il sub - procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, prevedendo che, solo a seguito della conclusione del procedimento stesso, si debba procedere a dichiarare formalmente le eventuali esclusioni delle offerte ritenute anomale e, quindi, inaffidabili e aggiudicare l'appalto all'impresa che presenti la migliore offerta ritenuta non anomala. Conseguentemente, è stato introdotto all'articolo 13, comma 2 del codice dei contratti, la lettera c-bis.

➤ **Procedura ristretta semplificata per gli appalti di lavori**

Con la modifica dell'articolo 123 comma 1, si garantiscono i principi di semplificazione ed efficienza dell'azione amministrativa innalzando la soglia di importo per poter ricorrere alla licitazione privata semplificata da 750.000,00 euro a 1 milione di euro. Pertanto, le stazioni appaltanti, avranno un più ampio margine di operatività per poter ricorrere a tale forma di scelta del contraente.

➤ **Lavori, servizi e forniture in economia**

Con la modifica all'articolo 125 comma 6 lett.b), le stazioni appaltanti potranno ricorrere al sistema di esecuzione in economia per lavori di manutenzione di opere ed impianti fino al limite massimo di 200.000,00 euro, laddove il limite precedente era fissato a 100.000,00 euro. Tale modifica, sulla base del medesimo spirito che ha spinto alla rettifica apportata al precedente articolo, parrebbe garantire il principio di semplificazione ed efficienza dell'azione amministrativa.

➤ **Termini di adempimento, penali, adeguamento dei prezzi**

Con la modifica dell'art. 133 comma 1-bis, si è tentato di risolvere le criticità connesse all'aumento dei prezzi di alcuni materiali da costruzione.

Permane il divieto di anticipazione del prezzo d'appalto, tuttavia la novità introdotta consiste nella facoltà della stazione appaltante di prevedere, nel bando di gara (nei limiti delle risorse disponibili), i singoli materiali da costruzione i cui prezzi possono essere anticipati all'appaltatore.

Tale anticipazione di pagamento è, comunque, sottoposta a tutta una serie di condizioni dettagliate dalla norma e quindi risulta molto oneroso, da parte dell'appaltatore, l'esercizio del diritto ai fini del riconoscimento di un adeguamento del corrispettivo d'appalto.

➤ **Procedure di affidamento in caso di fallimento**

La modifica dell'articolo 140, commi 1 e 2 rappresenta senz'altro una garanzia per la realizzazione degli interventi, nel rispetto del principio di soddisfacimento del pubblico interesse, poiché le Stazioni appaltanti sono tenute a prevedere nel bando di gara, qualora si verifichi il fallimento dell'appaltatore o in caso di risoluzione del contratto per grave inadempimento, di poter chiamare, sulla base della graduatoria stilata nella gara originaria, e alle stesse condizioni economiche proposte in sede di offerta, gli appaltatori che seguono in ordine di miglior offerta presentata, per la stipula di un nuovo contratto e consentire, in tal modo, la completa realizzazione dell'opera.

L'abrogazione dei commi 3 e 4 comporta per le stazioni appaltanti di non poter più procedere alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, qualora tutti le imprese in graduatoria non accettino la proposta, o per i lavori che hanno raggiunto la percentuale del 70% di realizzazione.

➤ **Finanza di progetto**

Il decreto in commento, tenuto conto delle osservazioni della Commissione europea e dell'esigenza di semplificazione della procedura, anche sulla scorta delle osservazioni degli operatori del settore, introduce una sostanziale revisione delle norme del codice in materia di finanza di progetto, reintroducendo il diritto di prelazione soppresso dal secondo correttivo, limitatamente ad alcune ipotesi procedurali attivabili sia su iniziativa dell'amministrazione, mediante la pubblicazione di un bando, sia su iniziativa di soggetti privati mediante la formulazione di una proposta rivolta all'amministrazione aggiudicatrice. Viene espressamente disposto che la disciplina innovativa si applica alle procedure i cui bandi siano stati pubblicati dopo l'entrata in vigore del decreto.

Nel parere espresso dal Consiglio di Stato è stato affermato che l'istituto del project financing, così come modificato, rischierebbe di essere una duplicazione dell'istituto della concessione. In realtà, ad avviso della scrivente Associazione, la distinzione fra i due istituti risiede nel sistema di finanziamento dell'opera.

Si ritiene altresì che, con la rivisitata procedura, vengano in qualche modo responsabilizzate le Stazioni Appaltanti perché devono scegliere discrezionalmente e motivare le due alternative previste dalla norma. Il baricentro della procedura viene spostato dall'imprenditore alla Stazione appaltante, poiché per le opere inserite nella programmazione triennale, l'amministrazione procede all'affidamento della concessione sulla base di un semplice studio di fattibilità, laddove prima della modifica era il privato competente a presentare un progetto preliminare.

Con la rivisitazione di tutto l'articolato relativo all'istituto del Project Financing la distinzione da fare è:

- attivazione ad iniziativa delle P.A.
- attivazione ad iniziativa dei privati

- 1) iniziativa della P.A. In questo caso il concessionario viene individuato con una gara unica. Viene bandita una gara da parte della Stazione appaltante Appaltante per la scelta del promotore, ricorrendo al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base di un

mero studio di fattibilità. Le offerte devono contenere una serie di documenti indicati dalla norma, tra i quali un progetto preliminare. Pertanto la S.A. nomina promotore colui che ha presentato la migliore offerta e lo approva. Qualora l'Amministrazione ritenga necessario apportare delle modifiche al progetto preliminare, il promotore deve provvedere a rettificare tale progetto e se non accetta, l'Amministrazione andrà avanti con lo scorrimento della graduatoria, con il secondo classificato, finché non troverà un privato disposto a modificare il progetto, sulla base delle richieste della S.A.

- 2) iniziativa della P.A. In questa seconda ipotesi, da utilizzare in alternativa alla prima, il concessionario viene individuato attraverso due diverse procedure: a) con la prima viene individuato il promotore il quale fornisce un progetto preliminare; b) con la seconda viene individuato l'affidatario della concessione con diritto di prelazione che rimane in capo al promotore. Dopo la prima gara, la Stazione appaltante approva il progetto preliminare del promotore e indice una nuova gara sulla base di tale progetto. Qualora non siano pervenute offerte più vantaggiose la concessione verrà aggiudicata al promotore, in caso contrario il promotore vanterà il diritto di prelazione purché sia disposto ad adeguare la propria offerta a quella che la S.A. ritiene economicamente più vantaggiosa.
- 3) Iniziativa privata. Questa ipotesi è prevista qualora la Stazione appaltante abbia inserito gli interventi nell'elenco annuale di programmazione delle opere pubbliche, ma entro sei mesi dall'approvazione di detto elenco non abbia provveduto alla pubblicazione del bando per la scelta del promotore. Pertanto i privati entro i quattro mesi successivi hanno la facoltà di presentare un progetto preliminare.

A questo punto l'amministrazione è tenuta a pubblicare un avviso, anche in presenza di una sola proposta, in cui sono pubblicati i criteri per la valutazione delle proposte, sulla base del quale verranno presentate altre proposte.

La S.A. esaminerà tutte le proposte pervenute e individuerà quelle considerate di pubblico interesse, propedeuticamente alla verifica del possesso dei requisiti.

L'Amministrazione potrà dar luogo ad un dialogo competitivo, qualora occorra rettificare il progetto preliminare, altrimenti, se il progetto non necessita di modifiche potrà in alternativa:

- Indire una gara per l'affidamento della concessione (ex art. 143 del codice) invitando alla gara il promotore
- Ricorrere ad una procedura selettiva ai sensi del comma 15 dell'art. 153 del codice con il diritto di prelazione del promotore

- 4) Iniziativa privata. Tale ipotesi è prevista qualora la S.A. non abbia inserito gli interventi nell'elenco annuale della programmazione delle opere pubbliche. In questo caso i privati possono presentare alla amministrazioni degli studi di fattibilità che, se considerati di pubblico interesse, la S.A. può adottare. A tal proposito è da rilevare che le Amministrazioni hanno l'obbligo di valutare le proposte entro sei mesi, tuttavia hanno una mera facoltà di adottare gli studi di fattibilità.

➤ **Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità**

Con la modifica dell'articolo 160 commi 1 e 4bis, viene definito il contratto di locazione finanziaria di OOPP o di pubblica utilità come appalto pubblico di lavori, tranne il caso in cui “i lavori abbiano un carattere accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto”.

In passato, infatti, il “leasing in costruendo” era considerato un “appalto di servizi” fino a quando è intervenuta la legge finanziaria del 2007 la quale ha provveduto a codificare tale istituto.

Inoltre viene precisato che nelle gare che hanno per oggetto l'affidamento di un contratto di locazione, il finanziatore deve dimostrare alla S.A. di essere in possesso dei mezzi occorrenti per eseguire l'appalto anche avvalendosi della capacità di altri soggetti.

➤ **Progettazione**

La modifica introdotta all'articolo 203 con l'inserimento dei commi 3bis e 3ter, si è resa indispensabile in virtù della peculiarità di interventi che riguardano beni culturali. In tali casi, il responsabile del procedimento dovrà stabilire, nella fase di progettazione preliminare, il successivo livello di progettazione da porre a base di gara e valutare la possibilità di ridurre, con una adeguata motivazione, i livelli di progettazione al fine di salvaguardare la qualità di determinati beni. Nel comma 3-ter, invece vengono dettagliate le ipotesi in cui è possibile omettere la progettazione esecutiva.