

## **OPERE PUBBLICHE**

### **LE MODIFICHE DEL DECRETO SVILUPPO AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI**

**Le modifiche apportate dall'art. 4 della Legge 12 luglio n. 106** *“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, concernente Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia” (G.U. n. 160 del 12-7-2011).*

Nota a cura dell'Avv. Laura Lunghi

## Novità opere pubbliche in pillole

- ✓ I bandi di gara saranno predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (**bandi - tipo**) approvati da AVCP previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate; con questa tipizzazione si tenta di costruire modelli virtuosi, in relazione alle varie tipologie di procedura di selezione del contraente.
- ✓ **La conferenza dei servizi non viene più richiesta sul progetto definitivo** (causava un notevole allungamento dei tempi di realizzazione), **ma è richiesta sul progetto preliminare.**
- ✓ **Le prestazioni rese dai fornitori saranno inserite nella banca dati nazionale dei contratti pubblici** (utile perchè avremo una sorta di albo prestazioni)
- ✓ **Asseverazione del progetto preliminare** potrà essere effettuata non solo dalla banca, ma anche da o da società di servizi costituite dall'istituto stesso (la norma chiarisce una vigente contraddizione normativa)
- ✓ **Requisiti di partecipazione.** L'esclusione dalla fase di pre qualificazione nella gara non potrà essere più inflitta per qualsivoglia violazione ma, in ossequio al principio di proporzionalità, solo nel caso di ipotesi gravi (eviteremo di essere esclusi per mancate dichiarazioni allegate all'offerta che avremmo sanato con la regolarizzazione)
- ✓ **Introduzione della nuova procedura di finanza di progetto per il caso del mancato inserimento dell'opera nella programmazione triennale**, che conduce sino all'aggiudicazione della concessione. I privati oggi possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici "proposte" relative alla realizzazione in concessione di lavori non presenti nella programmazione triennale e su questa nuova procedura è **reinserto il diritto di prelazione** del promotore (resta il rischio di incompatibilità con il diritto comunitario)
- ✓ **L'importo complessivo delle riserve non può in ogni caso essere superiore al venti % dell'importo contrattuale** (è un taglio orizzontale alle pretese dell'appaltatore che, indipendentemente, dalla loro reale quantificazione e dal pregiudizio reale subito dall'impresa non potranno superare il venti % dell'importo contrattuale. La disposizione trova il suo presupposto nella convinzione che le rivendicazioni delle imprese

appaltatrici siano spesso gonfiate ad arte e che i danni subiti siano inferiori ai ristori ottenuti, soprattutto in sede arbitrale)

- ✓ **Inasprimento delle norme sulla responsabilità temeraria nel giudizio in materia di contratti pubblici** ( prima di agire davanti all'autorità giudiziaria dovremo controllare con massima attenzione se c'è giurisprudenza consolidata per un verso o per l'altro che di fatto già decide se perderemo o vinceremo)
  
- ✓ **Innalzamento dei limiti di valore per l'ammissibilità della procedura negoziata.** I lavori di importo inferiore a 1 milione di euro possono essere affidati con procedura negoziata senza bando. Inoltre, se i lavori sono pari o superiori a 500 mila euro l'invito è rivolto ad almeno dieci soggetti e se i lavori sono inferiori a 500 mila euro sono affidabili a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20 per cento dell'importo della medesima categoria.

**Le modifiche apportate dall'art. 4 della Legge 12 luglio n. 106** “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, concernente Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia” (G.U. n. 160 del 12-7-2011)<sup>1</sup>

#### **Articolo 4**

*(Costruzione delle opere pubbliche)*

##### **Premessa**

L'articolo 4, commi 1-12, 14 e 14-bis, reca modifiche al Codice dei contratti pubblici.

Le finalità perseguite sono individuate: nella riduzione dei tempi di costruzione delle opere pubbliche, soprattutto se di interesse strategico; nella semplificazione delle procedure di affidamento dei relativi contratti pubblici; nella garanzia di un più efficace sistema di controllo; nella riduzione del contenzioso.

Deve osservarsi, al riguardo, che dal 2006 anno della sua comparsa, il Codice è già stato oggetto di integrazioni, correzioni e sospensioni contenute in ben tre decreti correttivi, nelle leggi Finanziarie 2006, 2007, nel d.l. 262/2006 c.d. Bersani convertito nella legge n. 286/2006, nei c.d. mille proroghe e nei vari provvedimenti legislativi del 2009, fino ad arrivare al recepimento della direttiva ricorsi dell'aprile 2010. E' seguito, il nuovo Regolamento attuativo di cui al d.lgs. 207/2010 e da ultimo il decreto Sviluppo. Sul piano comunitario, poi, si tenga presente che con la pubblicazione del Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'Unione in materia di appalti pubblici, la Commissione europea ha avviato un vasto processo di consultazione sulla modifica delle Direttive 2004/17 e 2004/18, allo scopo di registrare le difficoltà e le esigenze degli operatori del settore. Alla consultazione seguirà dunque la formalizzazione delle proposte di modifica delle Direttive appalti, entro l'inizio del 2012. In sostanza, il Libro Verde rappresenta il primo atto di una revisione dell'attuale assetto normativo comunitario, dettata dalla necessità di una maggiore efficienza della spesa pubblica, che può essere garantita principalmente attraverso procedure d'appalto più flessibili e semplificate rispetto a quelle attualmente vigenti.

Tornando alla riflessione avviata sulla normativa italiana, può dirsi che il primo risultato apprezzabile di tali continue rivisitazioni è senz'altro creare grande incertezza tra gli operatori del settore.

Riguardo, poi, alle modifiche apportate dal decreto sviluppo, può osservarsi che esse vanno nella triplice direzione della velocizzazione delle procedure, della riduzione del mero formalismo e del taglio della spesa.

Il taglio degli sprechi improduttivi è certamente, in linea di principio positivo, ma si tratta di tagli veri e propri non discussi con gli operatori stante il fatto che la decretazione d'urgenza (discutibili i presupposti per l'utilizzo) ha eliminato ogni opportunità di dibattito.

---

<sup>1</sup> Si ringraziano il Prof Marcello Clarich e l'Avvocato Gianfrancesco Fidone per il contributo.

Laura Lunghi

Riguardo, poi, al merito dei tagli, alcuni sono coerenti con la logica del risparmio, vedi i limiti alle riserve, ma non gioverà agli operatori in corsa contro il ritardo dei pagamenti.

Se, dunque, è corretto spingere perché il privato entri a far parte in modo stabile del sistema finanziamento delle opere pubbliche con la finanza di progetto ed il leasing pubblico o, nel caso delle grandi opere, il contraente generale, lo si fa con un metodo forse inadeguato perché per vari fronti in contraddizione con sè stesso.

Positive, comunque, le innovazioni legate alla velocizzazione delle procedure ed al superamento al mero formalismo; di grande importanza, ad esempio, le modifiche apportate all'art. 46 , comma 1 – bis che ha finalmente ristretto le ipotesi di rilevanza dei vizi della documentazione a corredo dell'offerta, come pure la specificazione che le sanzioni inflitte dall'Autorità (anche nel caso del mendacio) non possano prescindere dalla sussistenza dell'elemento soggettivo e della stessa gravità, che dovrebbe porre fine all'applicazione di sanzioni sproporzionate e talvolta ingiuste rispetto alle violazioni.

Le modifiche

Ciò premesso, nel delineare l'articolo, può osservarsi che un gruppo importante di modifiche apportate dal decreto sviluppo attiene alla fase della procedure per la scelta del contraente della pubblica amministrazione ed in questo gruppo rientrano le modifiche all'art. 38 del Codice.

Vi rientrano:

- **Requisiti.** Ai sensi del comma 2 dello stesso articolo 38 il possesso di tali requisiti (o meglio l'assenza di cause di esclusione) deve essere attestato dal candidato o concorrente mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del t.u. sulla documentazione amministrativa, di cui al d.P.R. 445/2000. Le modifiche riguardano molti dei requisiti richiesti ai concorrenti dal comma 1 di tale disposizione.

- **Misure di prevenzione.** La lettera b) prevede l'esclusione dalle gare per i soggetti nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 l. 1423/1956 o di una delle cause ostative previste dall'art. 10 l. 575/575. Il decreto Sviluppo estende tale prescrizione, nel caso di società anche al "socio unico, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci".

- **Sentenze di condanna.** La lettera c) prevede l'esclusione dalle gare nel caso di sentenza di condanna passata in giudicato, decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale. E' comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, par. 1, dir. 2004/18/CE.

Il decreto Sviluppo estende tale prescrizione, nel caso di società o consorzio, anche al socio unico, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

Secondo la nuova disciplina, inoltre, l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti "cessati dalla carica nell'anno" (e non più nel triennio) antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri "che vi sia stata completa ed

effettiva dissociazione” della condotta penalmente sanzionata. La novella aggiunge inoltre la prescrizione che “l’esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima”.

Ai sensi del novellato comma 2 dell’art. 38, in sede di dichiarazione il concorrente deve indicare “tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione”. Tuttavia, il concorrente non è tenuto ad indicare le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione.

- **Divieto di intestazione fiduciaria.** La lettera d) prevede l’esclusione dalle gare per coloro i quali hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all’art. 17 l. 55/1990. Il decreto Sviluppo aggiunge la precisazione che “l’esclusione ha durata di un anno decorrente dall’accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa”.

- **Violazioni di obblighi tributari.** La lettera g) prevede l’esclusione per le imprese che abbiano commesso violazioni definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse. La novella prevede che tali violazioni debbano essere “gravi”. Dunque, l’esclusione non potrà essere più inflitta per qualsivoglia violazione ma, in ossequio al principio di proporzionalità, solo nel caso in cui esse siano gravi;

- **False dichiarazioni.** La lettera h), nel testo precedente al decreto Sviluppo prevedeva l’esclusione per le imprese che “nell’anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l’affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell’Osservatorio”.

L’attuale previsione, inserita dal decreto Sviluppo prevede che l’esclusione dalle gare sia inflitta solo alle imprese “nei cui confronti, ai sensi del comma 1-ter, risulta l’iscrizione nel casellario informatico di cui all’art. 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l’affidamento dei subappalti”. Dunque, l’esclusione dalla gara nel caso di mendacio diventa subordinata al preventivo inserimento nel casellario da parte dell’Autorità e comunque soltanto in caso di dolo o colpa grave.

Dunque, ai fini dell’esclusione dalla gara non sarà più rilevante il mendacio in se stesso ma solo qualora esso sia stato reso con dolo o colpa grave e i fatti oggetto dello stesso appaiano rilevanti e gravi.

- **Violazione di obblighi previdenziali.** Il testo della lettera i) già prevedeva, ai fini dell’esclusione dalla gara, la necessità dei requisiti della gravità e della definitività dell’accertamento.

Tuttavia, il decreto Sviluppo, ha inserito all’art. 38 comma 2 la specificazione che si intendono “gravi” le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (durc) di cui all’art. 2, comma 2, del d.l. 210/2002, convertito, con modificazioni, dalla legge 266/2002. E’ inoltre previsto che i soggetti di cui all’art. 47, comma 1 (operatori economici non italiani), dimostrano, ai sensi dell’articolo 47, comma 2, il possesso degli stessi requisiti prescritti per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva.

- **False dichiarazioni per rilascio SOA.** Il decreto Sviluppo ha modificato la lettera m-bis), che si deve correlare al nuovo art. art. 40, comma 9-quater, che prevede l'esclusione se "risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA" e la lettera m-ter.

- Situazioni di controllo. La lettera m-quater), introdotta dalla l. 166 del 2009, devono essere esclusi dalle gare i soggetti che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

Il d.l. 70/2011 ha specificato che, ai fini della dimostrazione di tale requisito, il concorrente allega, alternativamente: a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 c.c. con alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente; b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c., e di aver formulato l'offerta autonomamente; c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c., e di aver formulato l'offerta autonomamente.

In tutte tali tre ipotesi, la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. E, infine, disposto che la verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

Sempre in relazione all'art. 38, di grande rilevanza appare l'introduzione del comma 1 ter operata dal decreto sviluppo. Non si tratta di una causa di esclusione dalle gare singole, ma dei presupposti per l'applicazione da parte dell'Autorità della sanzione più grave della sospensione dalle gare per un anno. Si tratta, evidentemente, di una grave sanzione che può incidere fortemente sulla stessa vita degli operatori economici.

Ai sensi della nuova disposizione, in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, "se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione", dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

Dunque, in caso di mendacio, la sanzione dell'iscrizione nel casellario non è automatica ma devono ricorrere l'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave e quello oggettivo della rilevanza e gravità dei fatti oggetto del falso. Tale disposizione appare particolarmente apprezzabile e pone fine ad una serie di ingiusti e sproporzionati provvedimenti sanzionatori di iscrizione nel casellario informatico e sospensione dalle gare che, in virtù della previgente normativa, l'Autorità infliggeva anche nel caso di false dichiarazioni, indipendentemente da ogni altra considerazione. Essa, inoltre, appare coerente con il principio di proporzionalità di matrice comunitaria, che ha ispirato tutta la riforma della disciplina dell'art. 38, nel senso di

rendere applicabili le sanzioni solo quando le violazioni avviano una certa rilevanza e gravità, da valutarsi ai sensi dei parametri introdotti.

Un secondo importante gruppo di modifiche attiene la qualificazione per eseguire i lavori.

Vi rientrano:

- Qualificazione per eseguire i lavori pubblici. L'articolo 40 del codice disciplina la qualificazione delle imprese per eseguire lavori pubblici. Ai sensi del comma 1 di tale disposizione, i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati e improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza. Inoltre, i prodotti, i processi, i servizi e i sistemi di qualità aziendali impiegati dai medesimi soggetti sono sottoposti a certificazione, ai sensi della normativa vigente. Il sistema di qualificazione, per lavori superiori a 150.000 euro, è disciplinato dal Regolamento di cui al d.P.R. 25.1.2000, n. 34 ed è articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori stessi. Il sistema di qualificazione è attuato da organismi di diritto privato di attestazione, appositamente autorizzati dall'Autorità (c.d. SOA), che svolgono, nell'esercizio dell'attività di attestazione, funzioni di natura pubblicistica.

Il decreto Sviluppo ha modificato alcuni tratti della **disciplina della qualificazione**.

Gli organismi di attestazione devono provvedere alla certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000.

I soggetti accreditati sono tenuti a inserire tale certificazione relativa alle imprese esecutrici di lavori pubblici nell'elenco ufficiale istituito presso l'organismo nazionale italiano di accreditamento di cui all'art. 4, comma 2, della legge 23.7.2009, n. 99.

Il decreto Sviluppo ha anche aggiunto all' art. 40 una norma di chiusura, costituita dal nuovo comma 9-ter, ai sensi del quale nel caso le imprese presentino false dichiarazioni o falsa documentazione, ai fini della qualificazione, le SOA ne danno segnalazione all'Autorità per l'avvio di un procedimento sanzionatorio. Qualora l'Autorità ritenga che siano state rese con dolo o colpa grave e anche in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell' esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera m-bis), per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

Vengono, dunque, ampliati i poteri sanzionatori dell'Autorità di vigilanza, che nel caso di specie devono essere esercitati su segnalazione delle stesse SOA.

Sulla tassatività delle clausole di esclusione dalla gara può osservarsi che, nell'ambito del pre-vigente articolo 46 "Documenti e informazioni complementari" è stata inserita una importante disposizione che ne ha anche cambiato la denominazione in "Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione".



Il nuovo comma 1- bis dell'art. 46 prevede che una disposizione che sancisce il principio della tassatività delle clausole di esclusione e vieta alle stazioni appaltanti di crearne di nuove in sede di bandi o lettere di invito, a pena di nullità delle relative previsioni.

E', infatti, previsto che "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori [rispetto a quelle tassativamente previste] prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Tale previsione è, evidentemente, finalizzata ad eliminare la cattiva abitudine delle amministrazioni di prevedere nei bandi clausole di esclusione per motivi meramente formali, in aperta contraddizione con il principio di proporzionalità, di derivazione comunitaria, che vorrebbe che la sanzione dell'esclusione dalla gara fosse inflitta solo quando ricorrano adeguati motivi. Un'abitudine che nuoce oltre che alle imprese, anche alle stesse stazioni appaltanti che, in virtù dell'applicazione della clausola di esclusione prevista nel bando (che una volta inserita sono tenute ad applicare), possono vedersi costrette ad escludere la migliore offerta per aggiudicare ad un'offerta successiva in graduatoria e meno conveniente per la stessa amministrazione.

A fronte del principio della tassatività delle clausole di esclusione, l'art. 46 comma 1 -bis si limita a prevedere che la stazione appaltante "esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti".

Perché la norma abbia senso compiuto deve essere interpretata nel senso che le disposizioni richiamate debbano prevedere espressamente una certa violazione a pena di esclusione.

Sarebbe, infatti, illogico che ogni violazione della disciplina vigente conducesse automaticamente all'esclusione del concorrente.

La stessa disposizione prevede anche l'esclusione:

- nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta;
- per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;
- in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Tali ipotesi, che secondo la lettera della norma dovrebbero aggiungersi a quelle derivanti dal mancato adempimento della disciplina vigente (dal momento che il testo reca la parola "nonché" prima delle ulteriori ipotesi), sembrano andare nella direzione della prevalenza della sostanza sulla forma, dal momento che si tratta di ipotesi di particolare gravità che incidono sull'offerta oltre il solo aspetto formale.

La disposizione in questione deve essere collegata alla disposizione di cui all'art. 64 comma 4 -bis, anch'essa introdotta dal decreto Sviluppo, ai sensi della quale spetta all'Autorità di vigilanza, in sede di predisposizione dei bandi-tipo, prevedere "l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis".

Dunque, secondo le indicazioni di principio contenute nell'art. 46, spetterà all'Autorità individuare la casistica delle clausole di esclusione da inserire nei bandi tipo cui le stazioni appaltanti dovranno adeguarsi. L'auspicio è che l'Autorità non tradisca le aspettative e che circoscriva le cause di esclusione a quelle fattispecie che, nella sostanza, siano così gravi da comportare tale grave sanzione.

Laura Lunghi

Altrimenti, dovrebbe prevalere, in ossequio del principio di proporzionalità, la regola che le violazioni solo formali possano essere sanate dal concorrente che le ha commesse.

L'inserimento di tale indicazione nei bandi tipo, si pone dunque a completamento della nuova disciplina sulla tassatività delle clausole di esclusione.

La disciplina transitoria prevede che le nuove disposizioni in questione si applichino alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto-legge, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore del decreto-legge, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

Un gruppo importante di modifiche attiene, poi, ai **requisiti dei concorrenti**.

Ai sensi dell'articolo 48 comma 1 del Codice, le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, procedono al controllo del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti nel bando di gara, chiedendo ai concorrenti sorteggiati di presentare la documentazione indicata nel bando o nella lettera di invito. Tale controllo deve necessariamente investire anche l'aggiudicatario e il concorrente che lo segue in graduatoria, anche se gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati.

Quando la prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11.

L'Autorità dispone anche la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento.

Rispetto al sistema dei controlli appena sinteticamente descritto, il decreto Sviluppo ha introdotto i commi 2 -bis e 2 - ter dell'art. 48, finalizzati a creare una banca dati dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari dei concorrenti, che tuttavia sono stati soppressi in sede di conversione dal maxi-emendamento del Governo.

In sede di conversione è stata, invece, introdotta una disposizione, non presente nel testo originario del decreto, in virtù della quale le stazioni appaltanti, in sede di controllo, verificano il possesso del requisito di qualificazione per eseguire lavori attraverso il casellario informatico di cui all'art. 7 comma 10, ovvero attraverso il sito del Ministero delle infrastrutture dei trasporti per i contratti affidati a contraente generale.

Tale modifica si applica a partire dal giorno dell'entrata in vigore del decreto legge.

Per i fornitori e prestatori di servizi la verifica del possesso del requisito di cui all'art. 42 comma 1, lettera a), è effettuata tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 62-bis del d.lgs. 7.3.2005, n. 82. Tale ultima disposizione si applica alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente al trentesimo giorno dalla pubblicazione del modello di cui all'articolo 42, comma 3-bis, del codice da parte dell'Autorità. In caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure i cui inviti a presentare le offerte sono inviati successivamente al trentesimo giorno dalla pubblicazione dello stesso modello da parte della medesima Autorità.

Da rilevare che nelle fasi di selezione e di aggiudicazione, il Libro Verde ha prospettato l'ipotesi di prendere in considerazione anche le esperienze precedenti che le stazioni appaltanti potrebbero aver acquisito in relazione alla prestazione degli offerenti.

A giudizio della Commissione europea, tener conto di criteri legati all'offerente, come l'esperienza e la qualificazione, quali criteri di aggiudicazione potrebbe contribuire a migliorare i risultati degli appalti, anche se limitatamente a tipi specifici di appalti, in cui le qualificazioni e i CV del personale disponibile siano di particolare rilevanza, onde evitare fenomeni di distorsione della concorrenza.

Nel Libro Verde è stata infatti riconosciuta anche l'eventualità che l'introduzione dei c.d. criteri reputazionali possa comportare rischi di discriminazione tra gli offerenti. Sulla base dei presupposti annunciati dalla Commissione europea, l'elemento della reputazione dell'impresa potrebbe dunque essere preso in considerazione in diverse fasi della procedura di gara. Tra le ipotesi possibili, potrebbe essere utilizzato, quale criterio di selezione, in fase di verifica dei requisiti dei concorrenti o indicato quale requisito minimo per accedere alla fase di pre-qualificazione delle procedure ristrette, o quale elemento che compone l'offerta economicamente più vantaggiosa e, quindi, divenire anche un criterio di aggiudicazione.

Un altro gruppo di modifiche riguarda l'elevazione dei limiti per effettuare una **procedura negoziata**.

Tale disposizione richiede ai fornitori e ai prestatori di servizi la presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi. Se si tratta di servizi e forniture prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, esse sono provate da certificati rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi; se si tratta di servizi e forniture prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente.

In recepimento delle disposizioni comunitarie sugli appalti, il Codice ha previsto le procedure negoziate, definite dall'art. 3 comma 40, come "le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto".

Come noto, per gli appalti sopra soglia, sono previste due diverse tipologie di procedura negoziata:

- la procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara, che presenta minori pericoli di violazione dei principi della par condicio e della trasparenza amministrativa, poiché è soggetta a pubblicità, a termini di presentazione dell'offerta, e a criteri di selezione dell'offerta (art. 56);

- la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ove l'amministrazione ha un potere discrezionale più ampio di selezionare il suo contraente, pur se comunque soggetta al rispetto di alcuni principi generali comunitari che guidano la scelta dei contraenti (art. 57).

Il legislatore italiano, tra l'altro, nel recepire le disposizioni comunitarie, ne ha circoscritto le ipotesi di utilizzo.

Dopo l'originaria sospensione dell'istituto avvenuta in sede di mille-proroghe nel 2006, il secondo decreto correttivo, d.lgs. n. 113/2007, aveva ridotto ulteriormente l'ambito di applicazione della procedura negoziata previa pubblicazione del bando, abrogando i casi previsti dall'art. 56 (comma 1 lett. b) e c)); aveva anche ridimensionato le ipotesi di ammissibilità della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, modificando la disposizione dell'art. 57 comma 5 lett. b.

**Il decreto Sviluppo ha ulteriormente limitato i casi di ammissibilità della procedura negoziata.**

Per la procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara, è stata abrogata la disposizione dettata dall'art. 56, comma 1, lettera a), ultimo periodo che prevedeva che l'adozione di tale procedura nel caso in cui la stazione appaltante avesse precedentemente indetto una procedura aperta, ristretta ovvero di dialogo competitivo, all'esito della quale non si fosse potuto procedere con l'aggiudicazione in quanto tutte le offerte presentate fossero risultate irregolari o inammissibili, fosse limitata ai casi di lavori di importo massimo di un milione di Euro.

Tale limite è stato abrogato e, dunque, la previsione vigente non trova limitazioni quantitativi legate all'importo dell'intervento.

La procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara è prevista in ipotesi tassative che possono essere suddivise tra: a) procedure negoziate ammissibili in tutti e tre i settori (lavori, servizi e forniture); b) procedure consentite sia nel settore dei lavori che dei servizi; c) procedure esperibili solo con riferimento agli appalti di forniture; d) e, infine, procedure ammissibili nel solo settore dei servizi.

Il decreto Sviluppo, in relazione al primo di tali gruppi di ipotesi ha intervenuto sulla disposizione dettata dall'art. 57, comma 2, lettera f), ultimo periodo, che ne prevede l'applicazione nel caso in cui in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. Anche per tale fattispecie, è stata abrogata la previsione dell'applicabilità al solo caso di lavori di importo inferiore a un milione di euro.

L'intervento correttivo appare, dunque, in controtendenza rispetto alla diffidenza del Legislatore verso le procedure negoziate e ne aumenta il campo di applicazione.

Da rilevare che in particolar modo, il Libro Verde guarda con favore all'ipotesi di una generalizzazione della negoziazione, pur accompagnata da cautele atte a garantire sufficiente trasparenza e non discriminazione. Il nostro ordinamento, al contrario, tende a disincentivare la trattativa privata, sottolineando il pericolo di abusi rispetto alla possibilità della responsabilizzazione delle stazioni appaltanti, a differenza di molti ordinamenti degli Stati UE come, ad esempio, la Francia. E' chiaro che sarà necessaria la modifica del diritto UE, poiché l'ordinamento italiano può soltanto recuperare tutti gli spazi consentiti dalla Direttiva 2004/18 ed ampliare ulteriormente la possibilità di ricorrere a tale procedura nel sottosoglia.

D'altronde, la stessa Direttiva 2004/18 definisce la procedura negoziata come procedura "in cui le amministrazioni aggiudicatrici consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto". Anche la Francia, con la sua *Circulaire del 3 agosto 2006*, contenente il Manuale di applicazione del Code des marchés publics, ha indicato i vantaggi della negoziazione nella possibilità di "adattare le offerte alla domanda: a conclusione

della negoziazione, la stazione appaltante sarà in grado di determinare il miglior rapporto qualità-prezzo (...). Nella trattativa privata francese, di autentica ispirazione comunitaria, è dunque possibile negoziare sul prezzo, sulla quantità, sulla qualità, sui tempi di ultimazione, nonché sulla garanzia di buona esecuzione dell'appalto, ovviamente nel rispetto dei principi di parità di trattamento di tutti i partecipanti alla gara e di trasparenza della procedura, che deve svolgersi in ossequio al segreto industriale e commerciale che attiene alle competenze dei candidati.

Ulteriori modifiche, poi, attengono la stesura dei **bandi di gara**.

In tema di bandi di gara, il decreto Sviluppo contiene un'importante novità, destinata ad avere grandi ripercussioni sul modus operandi delle stazioni appaltanti.

Nell'articolo 64 è stato infatti inserito il comma 4 -bis, ai sensi del quale "I bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi - tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate".

Si tratta, dunque, di una tipizzazione dei bandi di gara, finalizzata a creare dei modelli virtuosi, in relazione alle varie tipologie di procedura di selezione del contraente.

Per espressa previsione, dettata dall'ultima parte del primo periodo del nuovo comma 4 -bis dell'art 64, i bandi tipo devono prevedere "l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis".

Il richiamo è all'altra importante norma introdotta dal decreto sviluppo, di cui si è già detto in precedenza. L'inserimento di tale indicazione nei bandi tipo, si pone dunque a completamento della nuova disciplina sulla tassatività delle clausole di esclusione ed è finalizzata ad impedire che le stazioni appaltanti possano aggirare tale norma e creare autonomamente nuove clausole di esclusione .

La previsione dei bandi - tipo, da un lato, dovrebbe ridurre gli errori e le contraddizioni che talvolta si riscontrano nei bandi di gara di talune (cattive) stazioni appaltanti; dall'altro lato vi è, però, una limitazione della discrezionalità delle (buone) amministrazioni aggiudicatrici che, per timore di discostarsi dalle previsioni del bando – tipo, potrebbero essere meno stimolate ad individuare soluzioni efficienti ed innovative.

Tuttavia la nuova disposizione espressamente prevede che "le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando - tipo" e dunque, tale ultima eventualità non deve considerarsi preclusa.

L'altra ipotesi di procedura negoziata previa pubblicazione del bando prevista dall'art. 56 sopravvissuta al secondo correttivo è quella che riguarda i casi di appalti di lavori, il cui scopo sia circoscritto alla ricerca, alla sperimentazione o alla messa a punto, e che non serva per realizzare un lucro per la stazione appaltante ovvero il recupero dei costi di ricerca e sviluppo.

Le disposizioni in questione devono considerarsi di portata generale, dal momento che sono inserite nell'art. 64 che prevede la necessità del bando di gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico o di un accordo quadro mediante procedura aperta, procedura ristretta, procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara ovvero con dialogo competitivo (comma 1); per l'istituzione di un sistema dinamico di acquisizione (comma 2); per l'aggiudicazione di

Laura Lunghi

appalto pubblico basato su un sistema dinamico di acquisizione, seppure nella forma di un bando di gara semplificato.

Nell'art. 64 non vi è, invece, alcun richiamo al caso delle concessioni che, in effetti, dati gli elementi di maggior complessità di tali tipi di interventi, potrebbe risultare più difficilmente standardizzabile in bandi tipo.

L'effettiva utilità della nuova previsione dipenderà anche da come (e quando) l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici assolverà al nuovo e non facile compito che è chiamata ad assolvere. In ogni caso, tale nuovo compito conferma la progressiva implementazione della centralità del ruolo dell'Autorità nell'intero settore, destinata ad accrescere.

Ulteriori modifiche attengono, poi, la forma ed il contenuto delle offerte.

Un'altra nuova disposizione che va nel senso di standardizzare le procedure di gara, è quella di cui all'articolo 74 comma 2 - bis.

Tale nuova disposizione segue quelle dei commi 1 e 2 dello stesso articolo, ai sensi dei quali, le offerte "hanno forma di documento cartaceo o elettronico e sono sottoscritte con firma manuale o digitale" (comma 1) e "contengono gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'onori, e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare l'offerente e il suo indirizzo e la procedura cui si riferiscono, le caratteristiche e il prezzo della prestazione offerta, le dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione"(comma 2).

In relazione alla dichiarazione di tali ultimi requisiti, la nuova disposizione di cui al comma 2 - prevede che le stazioni appaltanti richiedano nelle offerte, di norma, "l'utilizzo di moduli di dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale".

Per i contratti relativi a servizi e forniture o per i contratti relativi a lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, dovranno essere utilizzati moduli di dichiarazione sostitutiva "dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi".

I moduli in questione saranno predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di "modelli standard" da definirsi con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, acquisito l'avviso dell'Autorità di vigilanza.

Il sede di conversione, il testo originario del decreto legge è stato modificato nel senso di abrogare la disposizione di cui all'articolo 87 comma 2 lett. g), ai sensi del quale tra le giustificazioni dell'offerta anormalmente bassa poteva essere indicato anche "il costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali; in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione".

La disposizione deve anche essere coordinata con l'altra, sempre aggiunta in sede di conversione del decreto, che ha aggiunto all'articolo 81 il comma 3 -bis ai sensi della quale, nella valutazione dell'offerta, l'"offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e

delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”.

Dunque, il costo del lavoro, da un lato, è stato escluso come elemento giustificativo delle offerte anormalmente basse e, dall'altro, è stato escluso come elemento di valutazione delle offerte.

Un altro gruppo di modifiche operate dal decreto Sviluppo al Codice è quello che riguarda le **disposizioni sull'esecuzione dei contratti**.

La prima modifica è alla disciplina delle varianti progettuali in corso d'opera, ovvero quelle modifiche quantitative e/o qualitative portate al progetto esecutivo o alle previste categorie di lavoro (o gruppi omogenei di lavorazioni), al verificarsi di specifici presupposti indicati dallo stesso legislatore.

Si ha riguardo tradizionalmente al c.d. ius variandi pubblicistico del committente, a fronte del quale starebbe la soggezione dell'appaltatore costretto a subire la variante.

Le varianti possono essere in aumento, in diminuzione, ovvero senza aumento di spesa; possono essere, inoltre, quantitative (se incidono solo sulla spesa o quantità – addizioni – di lavori) e qualitative (se incidono sulla impostazione progettuale).

Non sono considerate varianti gli interventi di dettaglio disposti liberamente dal direttore dei lavori entro i limiti di cui all'articolo 132, comma 3 (cd. “non varianti”), secondo i presupposti e nelle forme previste da tale disposizione.

L'attuale disciplina delle varianti è dettata dall'art. 132 del Codice che definisce alcuni presupposti specifici (ipotesi tassative), soltanto al ricorrere dei quali è consentita l'adozione di varianti. Inoltre, stabilisce la procedura e i soggetti preposti ad approvare le varianti.

La ratio è quella di evitare varianti voluttuarie o non necessarie e di giustificare soltanto modifiche necessarie dovute a sopravvenienze o a fatti imprevisti o imprevedibili (giacché se prevedibili si tradurrebbero in fatti imputabili al progettista), ovvero quelle modifiche opportune che, senza rilevanti costi aggiuntivi, comportino significativi miglioramenti dell'opera. Anche l'errore progettuale legittima l'adozione di varianti, ma in questo caso si hanno ulteriori conseguenze in capo al progettista.

In particolare, le ipotesi tassativamente previste (tassatività c.d. sostanziale) sono: a) la c.d. “sopravvenienza” normativa (ius superveniens), che è per sua natura imprevista; b) le cause «impreviste ed imprevedibili» (come la forza maggiore e il factum principis) o le “sopravvenienze” di materiali o tecnologie non esistenti al momento; della progettazione che consentano al committente di beneficiare di “miglioramenti” dell'opera, senza alterazione del progetto e senza aumento di costi;

c) le “sopravvenienze” impreviste o imprevedibili che incidano sui beni sui quali si deve operare (come in caso di rinvenimenti archeologici);

d) la sorpresa geologica, idrica o simile (art. 1664, comma 2, c.c.);

e) l'errore od omissione progettuale quale definito dal comma 6.

Per tale caso, il comma 4 dell'art. 132 prevede che, ove tali varianti eccedano il quinto dell'importo originario del contratto, il soggetto aggiudicatore procede alla risoluzione del contratto e indice una nuova gara alla quale è invitato l'aggiudicatario iniziale.

Laura Lunghi

A tali ipotesi, deve aggiungersi quella indicata dalla seconda parte del comma 3 dell'art. 132 e, cioè, la variante, in aumento o in diminuzione, «finalizzata al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità» (altra variante “migliorativa”) la quale è ammessa nell'esclusivo interesse dell'amministrazione sempreché:

- non comporti modifiche sostanziali;
- sia motivata da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto;
- in caso di aumento, non superi il 5% dell'importo originario del contratto e trovi copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera.

In tale disposizione è intervenuto il decreto in esame.

La nuova disposizione, infatti specifica che l'importo in aumento relativo a tali varianti non può superare il 5 % dell'importo originario del contratto e deve trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera “al netto del 50 % dei ribassi d'asta conseguiti”.

Di fatto, tale specificazione si traduce in un aumento di tale limite quantitativo.

Tali varianti, non necessarie ma solo opportune, trovano la loro giustificazione nella limitata incidenza economica (eventuale) e nella scarsa rilevanza progettuale.

L'articolo 133 comma 2 del Codice stabilisce il principio che per i lavori pubblici non si può procedere alla revisione dei prezzi e non si applica il comma 1 dell'art. 1664 c.c. (c.d. principio dell'invariabilità del corrispettivo) mira a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra prestazione dell'appaltatore e controprestazione della pubblica amministrazione adeguando il corrispettivo alle variazioni dei prezzi di mercato qualora avessero superato la soglia prevista dall'alea contrattuale.

Si tratta di un equilibrio che può portare all'aumento o alla diminuzione del corrispettivo. Tuttavia, l'ipotesi normale è che l'appaltatore, a causa della effettiva lievitazione dei prezzi delle materie prime, dei materiali da costruzione, della manodopera e dei noli subisca un aumento superiore all'alea del costo complessivo d'appalto (con verifica da eseguire a posteriori e specificamente per l'appalto in questione)-.

Il successivo comma 3 precisa che si applica il prezzo chiuso, consistente nel prezzo dei lavori al netto del ribasso d'asta, aumentato di una percentuale da applicarsi, nel caso in cui la differenza tra il tasso di inflazione reale e il tasso di inflazione programmato nell'anno precedente sia superiore al 2 per cento, all'importo dei lavori ancora da eseguire per ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori stessi.

Tale percentuale è fissata, con decreto del Ministro delle infrastrutture da emanare entro il 31 marzo di ogni anno, nella misura eccedente la predetta percentuale del 2 per cento.

Stabilito questo principio, il Codice però detta delle eccezioni e affianca al meccanismo del prezzo chiuso quello c.d. “compensativo” dell'eccezionale aumento di determinati fattori produttivi.

Il meccanismo compensativo scatta solo in caso di “circostanze eccezionali” e solo per i “materiali da costruzione” giudicati più significativi.

L'art. 133 comma 4 prevede che, “qualora il prezzo di singoli materiali da costruzione, per effetto di circostanze eccezionali, subisca variazioni in aumento o in diminuzione, superiori al 10 % rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture nell'anno di presentazione dell'offerta con il decreto”.



Laura Lunghi

Ricorrendo tale ipotesi, secondo lo stesso comma 4, “si fa luogo a compensazioni, in aumento o in diminuzione”.

Anche il successivo comma 5 è stato, conseguentemente, emendato. Ai sensi della nuova disposizione la compensazione “è determinata applicando la metà della percentuale di variazione che eccede il 10 % al prezzo dei singoli materiali da costruzione impiegati nelle lavorazioni contabilizzate nell'anno solare precedente al decreto di cui al comma 6 nelle quantità accertate dal direttore dei lavori”. La norma precedente, invece, prevedeva che si applicasse l'intera percentuale di variazione che eccedesse il 10%.

Il meccanismo del prezzo chiuso aggancia la misura compensativa ad un dato presuntivo che prescinde dal concreto appalto ed è predeterminato sin dall'inizio del rapporto; in altre parole, si predetermina che il corrispettivo sarà aumentato di una certa percentuale fissa annuale. Tale metodo può teoricamente comportare che si proceda ad un aumento del corrispettivo in favore dell'appaltatore, nonostante che questi, in effetti, non subisca alcun effettivo aumento del costo dei lavori.

Nel disciplinare, poi, il nuovo meccanismo del prezzo chiuso, la norma ne svuota di fatto il contenuto. Infatti, l'adeguamento non è più agganciato ad un dato fisso e predeterminato (come era la vecchia revisione dei prezzi), bensì, in sostanza, ad un dato programmatico: si prevede, cioè, che il corrispettivo dell'appaltatore sarà aumentato di una certa percentuale (da stabilire con decreto ministeriale da pubblicare entro il 31 marzo di ogni anno), soltanto allorché si verifichi che tra il tasso di inflazione programmato e quello reale vi sia stato uno scarto superiore al 2%

Sulla modifica può osservarsi che se la compensazione prezzi è stata ridimensionata nella sua quantificazione, coerentemente con la finalità del decreto Sviluppo di limitare la spesa, questa tuttavia non è adeguata, innanzitutto perché il prezzo chiuso non è mai stato applicato e la misura della compensazione dei materiali ha riguardato solo alcuni materiali da costruzione – non offrendo un pieno ristoro al rincaro di tutti i prezzi e di tutti i materiali – poi perché tutti e due i sistemi prevedono rimborsi che intervengono a distanza di molto tempo dai maggiori costi e rincari sopportati dall'appaltatore.

Essi non scongiurano quindi la fuga dagli appalti delle imprese ovvero possibili controversie in corso d'opera. Le condizioni più restrittive apportate dal decreto Sviluppo sembrano aggravare tale situazione.

Secondo la disciplina transitoria dettata dall'art. 4, comma 5, d.l. 70/2011, le nuove modifiche si applicano a partire dal d.m. di cui all'art. 133, comma 6, di rilevazione delle variazioni percentuali per l'anno 2011, da adottarsi entro il 31.3.2012, ed ai lavori eseguiti e contabilizzati a decorrere dal 1.1.2011. Restano ferme la precedenti discipline per il calcolo delle variazioni percentuali riferite agli anni precedenti al 2011 e le rilevazioni effettuate con i precedenti decreti ministeriali ai sensi dello stesso art. 133, comma 6, del d.lgs. 163 del 2006.

Ulteriori modifiche riguarda sostanzialmente il complesso del blocco sulle opere strategiche del Codice dei contratti.

Vi rientrano:

**- Le modifiche alla disciplina della Finanza di progetto.**

Il decreto Sviluppo ha apportato nuove modifiche alla tormentata disciplina della finanza di progetto di cui agli articoli 153 e ss. del Codice, che aveva subito la più recente radicale riforma con il d.lgs. 11.9.2008 n. 152, terzo decreto correttivo al d.lgs. 163/2006, che aveva integralmente sostituito il precedente testo dell'art. 153. Tale riforma costituisce il momento conclusivo di una lunga elaborazione legislativa che, più volte ha modificato la disciplina della finanza di progetto, introdotta dalla l. 415 del 1998 (c.d. Merloni ter)

La controversa vita della **finanza di progetto** ha ruotato intorno alla dibattuta presenza (o soppressione) del diritto di prelazione concesso al promotore.

Tale previsione è stata una delle novità rilevanti introdotte dalla l. 166/2002, c.d. Merloni quater, che aveva novellato l'art. 37-ter della l. 109/1994.

Esso consisteva nel riconoscimento al promotore della facoltà di adeguarsi, a parità di condizioni, all'offerta di un concorrente che l'amministrazione avesse ritenuto migliore, con conseguente aggiudicazione della concessione.

La norma, riprodotta nell'articolo 154 del codice dei contratti pubblici, prevedeva che nella procedura negoziata il promotore potesse "adeguare la proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione".

La disposizione trovava il suo fondamento, da un lato nel riconoscimento al promotore dei maggiori oneri, di natura economica e imprenditoriale, sopportati nella presentazione della proposta, dall'altro nella volontà di incentivare l'iniziativa dei soggetti privati, vista la scarsità di proposte presentate nel periodo precedente alla l. 166/2002.

La stessa Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici aveva affermato che l'introduzione del diritto di prelazione per il promotore era "inteso a rimuovere quegli elementi di criticità che nel primo periodo di applicazione dell'istituto hanno costituito una remora al suo sviluppo".

Le vicende giurisprudenziali hanno, tuttavia, riconosciuto che il diritto di prelazione a favore di promotori già individuati si sarebbe tradotto in una manifesta violazione dei principi di concorrenza e parità di trattamento tra i concorrenti per cui è seguito il terzo correttivo con cui il Legislatore ha soppresso le precedenti norme e previsto tre diverse nuove procedure:

- a) la gara unica senza diritto di prelazione per il promotore (art. 153 commi 1-14);
- b) la gara in due fasi con diritto di prelazione (art. 153 comma 15);
- c) la procedura ad iniziativa del privato nel caso di inerzia dell'amministrazione (mancata pubblicazione del bando di gara entro sei mesi dall'inserimento dell'opera nella programmazione triennale), con diritto di prelazione in alcuni casi (art. 153 comma 16).

Bene, il decreto Sviluppo non entra nel merito delle due procedure, ma interviene aggiungendo una **quarta procedura**, fondata sull'ipotesi della mancata previsione dell'opera nella programmazione triennale di cui all'art. 128 del Codice, che torna a prevedere il diritto di prelazione del promotore.

Vediamo questa nuova procedura.

Il presupposto dell'avvio delle tre diverse procedure di finanza di progetto previste dall'art. 153 del Codice, nella versione precedente al decreto Sviluppo, era il preventivo inserimento dell'opera nella programmazione triennale di cui all'art. 128 del Codice.

Tuttavia, i commi 19 e 20 dello stesso art. 153 facevano salva la facoltà per i privati di proporre l'inserimento di opere nella programmazione triennale.

Il decreto sviluppo ha sostituito i commi 19 e 20 dell'art. 153 e introdotto una nuova procedura di finanza di progetto per il caso del mancato inserimento dell'opera nella programmazione triennale, che conduce sino all'aggiudicazione della concessione.

Ai sensi del nuovo art. 19, i privati possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici "proposte" relative alla realizzazione in concessione di lavori non presenti nella programmazione triennale di cui all'articolo 128 (ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente).

Ai sensi del nuovo comma 20 dell'art. 153, possono presentare le proposte previste dalla nuova procedura introdotta non solo i soggetti in possesso dei requisiti del concessionario (art. 153 comma 8) ma anche i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento, nonché gli altri soggetti previsti dalla nuova disposizione introdotta. Ai sensi della medesima disposizione, anche le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura possono aggregarsi alla presentazione delle proposte previste dalla nuova procedura.

La realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra tra i settori ammessi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c-bis), del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153.

La proposta contiene un progetto preliminare, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da un soggetto abilitato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile.

La proposta è corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 20, dalla cauzione di cui all'articolo 75, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara.

L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro tre mesi, il pubblico interesse della proposta.

Al fine della valutazione di pubblico interesse, l'amministrazione può invitare il proponente ad apportare al progetto preliminare le modifiche necessarie per la sua approvazione.

Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata di pubblico interesse.

Qualora valutato di pubblico interesse, il progetto preliminare è inserito nella programmazione triennale di cui all'articolo 128 (ovvero negli altri strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente) ed è posto in approvazione, secondo quanto disciplinato dall'articolo 97.

Il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto, in difetto delle quali, il progetto si intende non approvato.

Il progetto preliminare approvato è posto a base di gara per l'affidamento della concessione di lavori, alla quale è invitato il proponente, che assume la lo status di promotore. Nel bando

Laura Lunghi

l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il promotore, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione.

I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti previsti per il concessionario di cui al comma 8 dello stesso art. 153 e devono presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da una banca, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le eventuali varianti al progetto preliminare. A tale fase, si applicano i commi 4, 5 (relativi alla valutazione delle offerte con il criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa), 6 e 7 (secondo i quali il bando deve indicare i criteri della valutazione comparativa e il disciplinare le caratteristiche specifiche dell'opera da realizzare), 13 (sulle ulteriori cauzioni previste per le operazioni in finanza di progetto).

Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario.

Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nel comma 9 (cioè, il 2,5 % del valore dell'investimento). Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta, sempre nei limiti cui al comma 9.

La nuova procedura introdotta, dunque, prevede un nuovo caso di diritto di prelazione del promotore e ruota intorno a tale attribuzione.

In questo caso, tale attribuzione appare funzionale ad incentivare i privati a proporre interventi anche al di fuori degli strumenti programmatori dell'amministrazione ed è importante trovare un equilibrio tra l'esigenza di incentivare i privati a assumere oneri aggiuntivi rispetto a quelli tradizionali e apertura alla concorrenza, che di certo scoraggia tale assunzione di oneri (a fronte della maggiore incertezza di ottenere il contratto di concessione).

La messa in concorrenza è, inoltre, anche uno strumento di controllo (nell'interesse dell'amministrazione) dei comportamenti dei soggetti competitori, in quanto l'interazione con altri soggetti e il controllo incrociato tra gli stessi riducono il potere e la libertà di azione degli stessi soggetti coinvolti nel confronto concorrenziale.

Dunque, la prelazione del promotore è, certamente, uno strumento che crea all'interno di un medesimo procedimento uno status differenziato per il soggetto che ne dispone, rispetto a quelli che ne sono privi.

Si tratta, dunque, di una limitazione dell'effettiva concorrenzialità della procedura che potrebbe condurre a effetti indesiderati; resta dall'altra parte il peso che la prelazione del promotore ha sul coinvolgimento dei soggetti privati nelle operazioni di finanza di progetto, nel caso in cui l'iniziativa privata comporti grandi costi di avvio della procedura a carico dell'aspirante promotore, a fronte del rischio che il promotore possa perdere la concessione e dunque non essere compensato con l'aggiudicazione del contratto.

In tale ottica, deve essere esaminata anche la nuova procedura, prevista dal decreto Sviluppo.

Il rischio giuridico è comunque quello che già abbiamo corso come Paese, cioè l'attribuzione del diritto di prelazione senza una preventiva gara ed a seguito di una valutazione di pubblico interesse pare contraddire gli orientamenti comunitari sull'art. 37- bis della l. 109/1994 così come novellata dalla Meloni quater (l. 166/2002) che aveva introdotto per la prima volta il diritto di prelazione per il promotore. La Commissione Europea aveva intrapreso una procedura d'infrazione contro la Repubblica italiana contrasto del diritto di prelazione con i principi comunitari di concorrenza e par condicio; ed anche in tale caso, non vi è alcun avviso pubblico o bando che rendano nota l'attribuzione del diritto di prelazione e i criteri per tale attribuzione, né vi è alcuna procedura per l'attribuzione del medesimo diritto.

A parere della Commissione, la concorrenza doveva essere garantita ex ante, mentre nella nuova procedura il concorrente è scelto in una fase assolutamente chiusa alla concorrenza e priva di pubblicità e trasparenza, a seguito della quale il soggetto che ha presentato tale proposta di pubblico interesse assume tale condizione privilegiata tale da influire sull'esito della successiva gara che, dunque, viene svuotata di significato.

Di positivo rimane il dato per cui nella nuova procedura l'attribuzione del diritto di prelazione appare certamente più giustificata rispetto al caso della procedura prevista dall'art.153 comma 15, che sostanzialmente è ad "iniziativa pubblica", vista la previsione di un bando di gara sulla base di uno studio di fattibilità già predisposto dall'amministrazione, e anche rispetto ai casi di cui alla procedura disciplinata dall'art. 153 comma 16, nella quale pure l'idea dell'opera era stata dell'amministrazione che l'aveva inserita nella propria programmazione, pur restando successivamente inerte.

La nuova procedura, invece, può davvero considerarsi una procedura ad "iniziativa privata", pur con una disciplina che appare certamente perfettibile.

Deve da ultimo essere segnalato che, ai sensi del nuovo comma 19 -bis dell'art. 153, la proposta prevista dalla nuova procedura può riguardare anche la locazione finanziaria di cui all'art. 160-bis, il così detto leasing pubblico su iniziativa privata.

Un'altra modifica in tema di finanza di progetto è quella che riguarda i soggetti titolati a rilasciare l'asseverazione bancaria del PEF.

Si tratta della modifica apportata al comma 9 dell'art. 153, ai sensi della quale l'asseverazione, che nel testo precedente doveva essere redatta necessariamente dalle banche, torna ad essere attribuibile ad un più vasto novero di soggetti e in particolare "da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966".

La modifica è solo l'ultima di una serie, poiché la stessa disposizione aveva già subito alcune modifiche nel tempo.

Un altro gruppo di modifiche apportate dal decreto Sviluppo riguarda le disposizioni codicistiche sul contenzioso.

La riforma toccato, in primo luogo, la disciplina dell'accordo bonario di cui all'articolo 240 del Codice, introdotto con l'art. 9, d.l. 3 aprile 1995, n.101, conv. con mod. dalla legge 2 giugno

1995, n. 216 (c.d. Merloni-bis) e che nel corso degli anni è stato oggetto di una serie di interventi di modifica che non ne hanno snaturato i lineamenti essenziali.

La funzione dell'accordo bonario resta (dunque, rimane il senso della lite sulle contestazioni dell'appaltatore (c.d. riserve e domande di indennità), quando l'entità di tali pretese, che devono essere state verbalizzate nei documenti contabili dell'appalto e sottoscritte dallo stesso appaltatore abbia raggiunto una soglia predeterminata dalla legge e consistente in almeno il 10% dell'importo dell'appalto aggiudicato), ma ne integrano il funzionamento. In particolare:

- A seguito della comunicazione del direttore lavori al responsabile del procedimento delle riserve (alle quali deve seguire la relazione riservata dello stesso direttore lavori), il responsabile del procedimento ne valuta l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza ai fini dell'effettivo raggiungimento del limite di valore. Su tale base, per gli appalti e le concessioni di importo pari o superiore a dieci mln di euro, il responsabile del procedimento promuove la costituzione di apposita commissione, che in virtù della modifica apportata dal decreto Sviluppo, deve avvenire entro trenta giorni dalla comunicazione del direttore lavori al responsabile procedimento delle riserve.

Entro novanta giorni dalla sua costituzione la commissione deve formulare proposta motivata di accordo bonario (art. 240 comma 5).

- Per gli stessi contratti di importo pari o superiore a dieci mln € il responsabile del procedimento promuove la costituzione della commissione, indipendentemente dall'importo economico delle riserve ancora da definirsi. Tale costituzione, in virtù delle modifiche apportate dal decreto sviluppo, deve avvenire entro trenta giorni dal ricevimento da parte dello stesso del certificato di collaudo o di regolare esecuzione. In tale ipotesi la proposta motivata della commissione è formulata entro novanta giorni dalla costituzione della commissione.

- Ai sensi del riformulato comma 10 dell'art. 240, il compenso per la commissione non può comunque superare l'importo di 65 mila euro, da rivalutarsi ogni tre anni con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

- Ai sensi del comma 14 dell'art. 240, per gli appalti e le concessioni di importo inferiore a dieci mln € la costituzione della commissione da parte del responsabile del procedimento è facoltativa. La sua costituzione può essere (il decreto Sviluppo sostituisce "può essere" alla parola "è") altresì promossa dal responsabile del procedimento, indipendentemente dall'importo economico delle riserve ancora da definirsi, al ricevimento da parte dello stesso del certificato di collaudo o di regolare esecuzione.

- In sede di conversione del d.l., il maxi-emendamento del Governo ha inoltre previsto che le disposizioni di cui all'art. 240 in materia di accordo bonario non si applichino ai contratti affidati a contraente generale, di cui alla parte II, titolo III, capo IV del Codice

Le modifiche elencate all'istituto dell'accordo bonario non appaiono particolarmente rilevanti e hanno la funzione, da un lato, di accelerare le procedure fissando termini per i gli adempimenti procedurali e, dall'altro, di limitare i costi della procedura.

Meno comprensibile appare, invece, l'esclusione dell'applicabilità dell'istituto al caso del contraente generale per le grandi infrastrutture.

Le c.d. “riserve” costituiscono le rivendicazioni dell'appaltatore, attraverso le quali egli contesta alla stazione appaltante che si sono verificati fatti, nel corso dell'esecuzione del contratto, che incidono sul costo complessivo dell'opera.

L'iscrizione delle riserve nel registro della contabilità non può considerarsi come un'intimazione di pagamento all'amministrazione poiché solo con l'approvazione del collaudo il credito viene liquidato e le riserve, se accolte, si traducono in un credito certo, liquido ed esigibile.

L'onere della riserva a carico dell'appaltatore è configurabile nel momento in cui i fatti rilevati (che possono avere carattere continuativo o saltuario) evidenzino una potenzialità dannosa, secondo criteri oggettivi o di media diligenza. La quantificazione delle richieste può, invece, essere differita al momento del definitivo consolidarsi del pregiudizio economico subito.

Però all'appaltatore non è consentito sostituire la ragione indicata nel registro con altra causale non indicata precedentemente.

La mancata tempestiva iscrizione delle riserve comporta la decadenza, che deve essere eccepita in sede processuale dalla stazione appaltante, del diritto dell'appaltatore.

Il decreto Sviluppo è intervenuto sulla disciplina delle riserve con due prescrizioni che sono state collocate nell'articolo 240 - bis del Codice, già introdotto dal d.lgs. 152/2008. Tali emendamenti vanno ancora nella direzione del contenimento della spesa pubblica, coerentemente con la precedente versione dell'art. 240 - bis comma 1 che già recava che

“Le domande che fanno valere pretese già oggetto di riserva non possono essere proposte per importi maggiori rispetto a quelli quantificati nelle riserve stesse”. Il periodo introdotto dal decreto Sviluppo, di seguito a quello appena citato, precisa che “l'importo complessivo delle riserve non può in ogni caso essere superiore al venti % dell'importo contrattuale”.

Si tratta, dunque, di un taglio orizzontale alle pretese dell'appaltatore che, indipendentemente, dalla loro reale quantificazione e dal pregiudizio reale subito dall'impresa non potranno superare il venti % dell'importo contrattuale. La disposizione trova il suo presupposto nella convinzione che le rivendicazioni delle imprese appaltatrici siano spesso gonfiate ad arte e che i danni subiti siano inferiori ai ristori ottenuti, soprattutto in sede arbitrale.

Tuttavia, non sembra questa la strada corretta per arrivare ad una corretta quantificazione delle riserve.

La seconda disposizione in materia di riserve contenuta nel decreto Sviluppo è quella che introduce il nuovo comma 1 -bis dell'art. 240 - bis prevede invece che non possono essere oggetto di riserva gli aspetti progettuali che, ai sensi dell'articolo 112 del Codice e del regolamento, sono già stati oggetto di verifica.

Anche tale disposizione appare ingiustamente penalizzante per l'appaltatore, anche considerando che l'attività di verifica di cui all'art. 112 è operata dall'amministrazione e coinvolge il progettista.

Da rilevare che le modifiche in tema di riserve si applicano ai contratti i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore dello stesso decreto-legge.

In caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le disposizioni si applicano ai contratti per i quali, alla data di entrata in vigore del decreto-legge, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte. Dunque per i contratti già stipulati e per quelli già banditi (o per i quali

siano state già inviate le lettere d'invito) le norme appena richiamate non possono trovare applicazione.

Rilevanti, peraltro, le nuove disposizioni in materia di responsabilità temeraria nel giudizio in materia di contratti pubblici.

Nell'ambito delle modifiche della disciplina del contenzioso, il decreto Sviluppo ha introdotto all'articolo 246 - bis del codice dei contratti pubblici una norma processuale sulla "responsabilità per lite temeraria" finalizzata a disincentivare il contenzioso.

Si prevede che nei giudizi in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture il giudice possa condannare d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una "sanzione pecuniaria" in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio quando "la decisione è fondata su ragioni manifeste od orientamenti giurisprudenziali consolidati".

Al gettito delle sanzioni previste dalla nuova norma si applica l'art. 15 delle norme di attuazione del c.p.a.

Rimane ferma, per espressa previsione di legge, l'applicazione della norma di cui all'art. 26 c.p.a. che detta la disciplina delle spese processuali nel processo amministrativo.

Devono essere, tuttavia, segnalati dubbi sul coordinamento tra le due disposizioni, dal momento che, ai sensi del secondo comma dell'art. 26 c.p.a., il giudice "può altresì condannare, anche d'ufficio, la parte soccombente al pagamento in favore dell'altra parte di una somma di denaro equitativamente determinata", dal momento che il presupposto di tale condanna è il medesimo di quello previsto per l'applicazione della sanzione di cui al nuovo art. 246 -bis del codice dei contratti, ovvero il caso in cui "la decisione è fondata su ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati".

Qualora ricorra tale presupposto, dunque, non è chiaro se le due sanzioni si cumulino o se la sanzione specifica prevista per il giudizio sui contratti pubblici sia alternativa a quella generale prevista dall'art. 26 secondo comma. La seconda delle sue interpretazioni appare, comunque, preferibile.

Oltre alle correzioni di ordine generale fino a qui riportate, il decreto Sviluppo ha apportato modifiche anche a talune delle discipline speciali contenute nel Codice dei contratti e di in particolare al blocco sulle opere strategiche, segnatamente, quella delle grandi infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi (Parte II, titolo I, capo IV), dei contratti sotto le soglie comunitarie (Parte II, titolo II), dei contratti relativi a beni culturali (Parte II, titolo IV, capo II), dei settori speciali (Parte III).

Si tratta di modifiche per lo più puntuali di disposizioni specifiche alle quali delle è difficile dare una descrizione organica e per le quali ci si può limitare ad una più semplice elencazione.

#### **a) Grandi infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi.**

Il decreto Sviluppo ha apportato alcune modifiche anche alla disciplina delle grandi infrastrutture strategiche e degli insediamenti produttivi (ex legge obbiettivo) di cui agli articoli 161 e ss. del Codice, tra le quali possono essere segnalate quelle:

- all'art. 165 in tema di progetto preliminare, di procedura di valutazione di impatto ambientale e localizzazione;



Laura Lunghi

- all'art. 166 in tema di progetto definitivo e di pubblica utilità dell'opera;
- all'art. 167 sulle sulla procedura di approvazione dei progetti. Ai sensi del nuovo comma 7 -bis, le varianti ammesse in virtù dei precedenti commi 6 e 7 devono essere strettamente correlate alla funzionalità dell'opera e non possono comportare incrementi del costo rispetto al progetto preliminare;
- all'art. 168 sulla conferenza di servizi e approvazione del progetto definitivo;
- all'art. 169 comma 3 in tema di varianti;
- all'art. 170, in tema di Interferenze;
- all'art. 176, in tema di affidamento a contraente generale;
- all'art. 187 comma 1 lett. a) e all'art. 189, comma 4 lett. b) in tema di qualificazione dei contraenti generali.

**b) Appalti di lavori sotto soglia: estensione della procedura negoziata e della procedura ristretta semplificata.**

Il decreto Sviluppo è intervenuto anche sulla disciplina dell'aggiudicazione dei contratti di lavori sotto la soglia comunitaria, di cui all'art. 122 del codice, modificando il comma 7 e abrogando il comma 7- bis, estendendo i limiti di valore per l'ammissibilità della procedura negoziata.

Ai sensi del pre-vigente comma 7, la procedura negoziata era ammessa, per lavori di importo complessivo non superiore a centomila euro.

Il nuovo testo dell'art. 122 comma 7 prevede che "I lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6". Dunque, ai sensi della nuova disposizione, i lavori di importo inferiore al milione di euro possono essere affidati con procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando.

La stessa disposizione fissa però delle prescrizioni particolari. Per i lavori di importo superiore ai 500.000 euro (ma inferiore al milione), l'invito a partecipare alla procedura deve essere rivolto ad almeno dieci soggetti, se sussistono altrettanti aspiranti idonei; per i lavori di importo inferiore a 500.000 euro, ad almeno cinque soggetti.

Secondo la nuova disposizione, inoltre, l'avviso sui risultati della procedura di affidamento (conforme all'allegato IX A, punto 5 - avviso relativo agli appalti aggiudicati), deve contenere l'indicazione dei soggetti invitati ed è pubblicato secondo le modalità di cui allo stesso art. 122 commi 3 e 5, entro dieci giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva.

Secondo l'ulteriore modifica apportata in sede di conversione dal maxi emendamento governativo, i lavori affidati con procedura negoziata ai sensi della nuova disposizione introdotta e relativi alla categoria prevalente, sono affidabili a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20% dell'importo della medesima categoria. Per le categorie specialistiche di cui all'art. 37 comma 11, restano invece ferme le disposizioni ivi previste da quella norma.

Conseguentemente a tale modifica, è stato anche alzato il limite di valore per l'aggiudicazione di appalti sotto la soglia comunitaria con la "procedura ristretta semplificata per gli appalti di lavori" di cui all'art. 123 del codice.

Se prima tale importo era fissato nel valore pari a 1 milione di euro, oggi, a seguito della novella del decreto sviluppo, il limite è stato portato a " un milione e cinquecentomila" .

Secondo la disciplina transitoria, le modifiche si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto-legge, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore del decreto-legge, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte

**c) Contratti relativi a beni culturali.**

Sono state elevate le soglie fissate dall'art. 204 comma 1, in tema di scelta degli offerenti e criteri di aggiudicazione, per l'utilizzazione della procedura negoziata. Tali soglie sono passate dai precedenti cinquecentomila euro a un milione e cinquecentomila euro. A tali procedure si l'articolo 122, comma 7, ultimo periodo.

**d) Settori speciali.**

In tema di settori speciali, è stato modificato l'art. 206 comma 1 e, in virtù di tale modifica, a tale disciplina speciale sono oggi applicabili, per espresso richiamo di legge, gli artt. 46, comma 1-bis, 95 e 96. Inoltre, sono state apportate modifiche alla procedura per stabilire se una determinata attività è direttamente esposta alla concorrenza di cui all'art. 119.

Il decreto Sviluppo ha anche apportato modifiche al regolamento di cui al d.P.R. 5.10.2010 n. 207, appena entrato in vigore in data 9.6.2011.

L'unica modifica più radicale appare quella di cui all'art. 357 (che ha toccato i commi 6, 12, 14, 15, 16, 17, 22, 24, 25), in ordine al regime transitorio dello stesso regolamento.