

ANCE

ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

CONSIDERAZIONI E PROPOSTE DI EMENDAMENTI DELL'ANCE SULLO SCHEMA DI TERZO DECRETO CORRETTIVO AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Sommario:

Premessa

Parte I. Considerazioni preliminari circa il fondamento e l'assoluta esigenza di mantenere la disposizione di cui all'art. 2, comma 1, lettera ii.3) del decreto (ampliamento del periodo di riferimento per la valutazione dei requisiti ai fini della qualificazione)

Parte II. Modifiche a disposizioni contenute nello schema del terzo decreto:

- 1. Disciplina delle opere c.d. superspecializzate**
- 2. Criterio di esclusione automatica delle offerte anormalmente basse**
- 3. Criteri motivazionali nell'offerta economicamente più vantaggiosa**
- 4. Leasing in costruendo**
- 5. Opere a scomputo**
- 6. Contratti a corpo e a misura**
- 7. Project financing**
- 8. Immediata entrata in vigore delle norme sulla qualificazione**

Parte III. Richieste di inserimento nel terzo decreto di ulteriori disposizioni:

- 1. Consorzi stabili**
- 2. Sospensione pagamenti SAL per irregolarità del DURC**
- 3. Procedura negoziata: innalzamento soglia a 500.000 euro**
- 4. Adeguamento del prezzo dei materiali da costruzione**

CONSIDERAZIONI E PROPOSTE DI EMENDAMENTI DELL'ANCE SULLO SCHEMA DI TERZO DECRETO CORRETTIVO AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Premessa

Si formulano di seguito una serie di emendamenti allo schema di terzo decreto correttivo, approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il 27 giugno 2008, che ad avviso dell'Ance risultano necessari a garantire piena efficienza del settore e trasparenza nei rapporti con il committente.

Preliminarmente alla esposizione degli emendamenti proposti dall'Ance, preme formulare una serie di considerazioni a sostegno di un'importante disposizione contenuta nello schema di decreto legislativo, e cioè quella di cui all'art. 2, comma 1, lettera ii.3), che stabilisce che fino al 31 dicembre 2010, per la dimostrazione dei requisiti della cifra di affari, delle attrezzature tecniche e dell'organico medio possa essere assunto il periodo dei migliori cinque anni del decennio antecedente il contratto con la SOA, mentre per i lavori eseguiti possa essere assunto l'intero decennio antecedente tale data.

Si espongono in una prima parte tali considerazioni a sostegno della norma che amplia il periodo di riferimento dei requisiti, nella seconda parte gli emendamenti a norme già contenute nel terzo decreto correttivo ed nella terza parte ulteriori proposte di disposizione da inserire nel terzo decreto.

Parte I. Considerazioni preliminari circa il fondamento e l'assoluta esigenza di mantenere la disposizione di cui all'art. 2, comma 1, lettera ii.3) del decreto (ampliamento del periodo di riferimento per la valutazione dei requisiti ai fini della qualificazione)

1. Secondo la vigente legislazione italiana, perché le imprese possano ottenere la qualificazione (si ricorda che l'Italia è tra i pochi paesi che hanno istituito un proprio sistema di qualificazione per elenchi ufficiali) è necessario che dimostrino, tra l'altro, ai competenti soggetti investiti di tale funzione (SOA):
 1. fatturato realizzato nei cinque anni antecedenti la sottoscrizione del contratto con la SOA, che non deve risultare inferiore al 100% dell'importo delle qualificazioni richieste;
 2. esecuzione di lavori nella categoria richiesta, di importo non inferiore al 90% della classifica richiesta, eseguiti sempre nei predetti cinque anni, nonché esecuzione di uno o più lavori di importo particolarmente significativo.
2. Nel nostro Paese negli ultimi anni ha avuto luogo una sensibile crisi nell'entità degli appalti pubblici, conseguente le note difficoltà di bilancio e l'esigenza di rispettare i parametri comunitari del rapporto deficit-pil. Conseguenza di ciò è stato il fatto che è diminuito sensibilmente per un gran numero di imprese (pur solide sul piano finanziario in termini di patrimonio netto e ben strutturate in termini organizzativi) il fatturato, con la conseguenza di un ridimensionamento delle qualificazioni che ogni cinque anni devono essere rinnovate. Tale si-

tuazione determina evidenti anomalie nel mercato degli appalti consistenti nella circostanza che:

1. le imprese sono indotte ad acquisire comunque commesse anche a ribassi elevati per la finalità di mantenere il fatturato e le connesse qualificazioni;
 2. si determina una concorrenza in buona parte falsata dal fatto che: a) alcune imprese continuano a partecipare a gare di notevole entità solo per il fatto che hanno acquisito commesse anche con ribassi molto elevati (e non di rado anomali); b) altre imprese, che ispirano i loro comportamenti a criteri di responsabilità e serietà, si vedono escluse dalle fasce di appalti per le quali hanno perso la qualificazione precedentemente posseduta.
3. Lo schema di terzo decreto correttivo risolve in modo corretto tale problema, stabilendo con una disposizione transitoria applicabile fino al 31 dicembre 2010 che per i requisiti della cifra di affari, attrezzature tecniche ed organico medio, si possa fare riferimento ai migliori cinque anni degli ultimi dieci e per i lavori eseguiti, nonché per i lavori di punta all'intero decennio.

Il Consiglio di Stato si è espresso per una rimeditazione della parte della norma che fa riferimento al fatturato ed ai lavori, mentre ha espresso parere negativo sulla parte della norma che fa riferimento alle attrezzature tecniche ed all'organico medio annuo. Tale posizione risulta essenzialmente fondata su possibili problemi di compatibilità con la normativa comunitaria, ed in particolare con l'articolo 48 della direttiva comunitaria 2004/18, che fa riferimento al periodo degli ultimi cinque anni..

4. Ad avviso di questa associazione, i timori di contrasto con la direttiva comunitaria appaiono del tutto infondati per più ordini di considerazioni:
- a. innanzitutto perché la disposizione comunitaria riguarda le ipotesi (attuata nella maggioranza dei paesi europei) di predeterminazione di requisiti specifici in occasione della singola gara. Nei casi, invece, quale è il nostro, di un sistema di qualificazione conducente al rilascio di un'attestazione valevole per un certo numero di anni, è da ritenere sussista per il legislatore nazionale un ragionevole margine di adattabilità della normativa interna nel senso di estendere alcuni requisiti ad un lasso di tempo più ampio, per la finalità di tenere conto dell'andamento storico dell'impresa e dell'esigenza sostanziale di evitare la rincorsa ad ogni costo al fatturato, con le conseguenze negative che spesso hanno luogo;
 - b. in secondo luogo per la decisiva considerazione che l'art. 48 della direttiva rimette alla valutazione discrezionale della stazione appaltante di determinare in occasione di ogni gara l'entità dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni. Ne consegue che le stazioni appaltanti, secondo la direttiva comunitaria, possono elevare o diminuire l'entità dei requisiti richiesti in occasione di ogni gara in relazione a tutte le circostanze del caso, non esclusa la valutazione di situazioni congiunturali generalizzate quali (come nel caso che riguarda l'Italia in questo periodo) la restrizione del mercato degli appalti con conseguente diminuzione dei lavori acquisiti.
Nel nostro Paese, invece, la determinazione dei requisiti in argomento non è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante in occasione di ogni gara, ma viene accertata dalle SOA ogni cinque anni tenendo conto in modo inderogabile (e perciò senza nessuna possibile elasticità) dei parametri normativamente predeterminati che, come detto, sono per la cifra di affari il 100% degli importi delle qualificazioni richieste e per i lavori e-

seguiti il 90% di ogni specifica categoria richiesta con riferimento ai cinque anni antecedenti il contratto stipulato con la SOA per ottenere la qualificazione. Ne consegue che nel nostro Paese manca quel necessario margine di elasticità che invece esiste in tutti gli altri paesi europei, per cui risulta indispensabile incidere, seppure in via transitoria, sulla disposizione che stabilisce il periodo di riferimento ampliandolo opportunamente;

- c. in terzo luogo, per la considerazione che a livello comunitario, negli ultimi anni, a fronte di una spesa media per infrastrutture negli altri paesi europei pari al 2,9 % del pil, in Italia detta spesa è risultata negli ultimi anni pari al 2%; ne consegue una sostanziale disparità di requisiti tra le imprese che hanno operato negli altri paesi della UE e le altre imprese italiane;
 - d. in quarto luogo, per la considerazione che la disposizione del terzo decreto correttivo ha natura transitoria perché connessa al particolare momento economico attraversato negli ultimi anni dal nostro paese.
5. Si ritiene utile, infine, ricordare come alcuni paesi della UE aventi un sistema di qualificazione per elenchi ufficiali del tutto simile a quello italiano, e segnatamente il Belgio, utilizzano un periodo di riferimento per la valutazione dei requisiti, superiore ai cinque anni.

In conclusione, per le considerazioni esposte, che tengono conto non soltanto dei profili giuridici della questione, ma anche e soprattutto delle esigenze di ordine pragmatico del nostro settore delle costruzioni, si ritiene che la disposizione in argomento, di cui all'art. 2, comma 1, lettera ii.3) dello schema di decreto, debba essere mantenuta, anche al fine di attenuare la nota, sensibile crisi degli operatori economici che operano nel settore delle costruzioni.

Parte II. Modifiche a disposizioni contenute nello schema di terzo decreto

1. Disciplina delle opere c.d. superspecializzate (art. 1, comma 1, lettera h)

L'articolo 37, comma 11, del Codice dei contratti pubblici vieta il subappalto per le opere altamente specializzate qualora il loro valore sia superiore al 15% del totale dell'appalto. In tal caso dunque all'impresa appaltatrice, qualora non sia in possesso dei requisiti per eseguire le opere specialistiche, non resta altra possibilità che quella di formare un'ATI di tipo verticale con imprese specializzate.

Lo schema di 3° decreto correttivo abroga correttamente tale preclusione consentendo in ogni caso (e perciò anche qualora l'importo delle opere specialistiche superi il 15%) il subappalto delle opere in argomento. Tale disposizione è pienamente condivisibile in quanto si muove sulla scia dei principi comunitari della libertà di impresa ed elimina un vincolo alla concorrenza costituito dalla circostanza che in molti casi, essendo limitato il numero delle imprese altamente specialistiche, le ATI di tipo verticale partecipanti alla gara risultano inevitabilmente in misura limitata, considerato che ogni impresa specialistica può fare parte di una sola ATI.

La disposizione però, pur sancendo la libertà di subappalto a prescindere dall'importo delle opere specialistiche, sancisce che il contratto di subappalto non possa contenere un ribasso supe-

riore all'8 per cento rispetto ai prezzi unitari di aggiudicazione dell'appalto (si noti che, invece, in base all'art. 118, comma 4 del codice il ribasso ai subappaltatori in genere non può superare il limite del 20%).

Inoltre, si prevede che il subappalto relativo a tali opere specialistiche non possa essere frazionato, a meno che non sussistano ragioni obiettive che giustifichino tale frazionamento.

È, altresì, previsto l'obbligo del pagamento diretto del subappaltatore da parte della stazione appaltante.

Dette disposizioni suscitano notevoli perplessità e possono avere effetti altamente negativi sul settore degli appalti pubblici per motivazioni di carattere giuridico ed economico.

Sul piano strettamente giuridico, la disposizione sembra prestare il fianco ad alcune possibili censure di costituzionalità e di violazione dei principi comunitari.

Occorre, infatti, ricordare che l'articolo 118 comma 4 del codice stabilisce, con disposizione generale ed onnicomprensiva, che nel subappalto l'appaltatore deve praticare al subappaltatore gli stessi prezzi unitari dell'aggiudicazione con un ribasso non superiore al 20%. Tale disposizione ha l'evidente finalità di evitare che il subappaltatore sia obbligato contrattualmente ad eseguire in subappalto lavori a prezzi eccessivamente bassi, sia a tutela della sua specifica posizione, sia a tutela dell'interesse generale a che l'esecuzione avvenga comunque a prezzi ragionevoli. La norma, pur comprimendo la sfera della libera autonomia negoziale privata dell'appaltatore, sul piano pragmatico risulta accettabile per il fatto che il limite di ribasso del 20% è ragionevole ed all'interno dello stesso può avere luogo tutta una gamma di ribassi che costituiscono l'effetto della libera contrattazione tra appaltatore e subappaltatore.

Relativamente alle opere specialistiche, in totale difformità alla prescrizione di carattere generale, viene invece stabilito un ribasso massimo dell'8%, senza alcuna particolare giustificazione considerato che:

1) a seconda dei casi, i prezzi unitari delle opere specialistiche possono essere più remunerativi dei prezzi unitari delle opere ordinarie e pertanto possono giustificare un ribasso più elevato o quantomeno equivalente a queste ultime;

2) sul piano economico non sussiste alcuna sostanziale differenza tra opere specialistiche ed opere ordinarie che giustifichi un diverso trattamento.

Su tali presupposti la disposizione derogatoria per le opere specialistiche sembra porsi in contrasto con i principi costituzionali che tutelano la parità sostanziale di trattamento a situazioni analoghe, l'autonomia privata e l'imparzialità dell'azione amministrativa.

Quanto ai principi comunitari, la disposizione sembra porsi in contrasto con varie norme del Trattato mirate a garantire la libera concorrenza e l'autonomia imprenditoriale. Infatti, il limite di ribasso dell'8% ha la potenzialità di falsare la reale concorrenza di mercato, in quanto preclude ai concorrenti la possibilità di ottenere dai subappaltatori condizioni più favorevoli ed in linea con i prezzi liberamente praticati relativamente alle lavorazioni specialistiche. Il che si traduce in un sostanziale appiattimento delle offerte e d'altra parte in una ingiustificabile limitazione dell'autonomia imprenditoriale in ordine alla scelta delle modalità migliori per garantire il risultato promesso.

Sul piano economico è di tutta evidenza che non vi è alcuna sostanziale ragione per trattare le opere specialistiche in modo diverso da quelle ordinarie; anzi, al contrario, sovente accade che

il margine di utile per le opere specialistiche sia più elevato rispetto a quelle ordinarie, per cui potrebbe giustificarsi l'ipotesi contraria, e cioè un ribasso più elevato per il subappalto di queste ultime.

La realtà è che la posizione di maggior favore delle imprese subappaltatrici specialistiche rispetto a quelle generali, oltre a non avere alcun fondamento giuridico, non ha neppure alcun fondamento di carattere economico.

EMENDAMENTO

All'art. 1, comma 1, lettera h), eliminare le parole da "agli stessi prezzi unitari" fino a "ultimo periodo".

2. Criterio di esclusione automatica delle offerte anormalmente basse (art. 1, comma 1, lettera v.2)

Lo schema di decreto sopprime la facoltà per le amministrazioni, prevista dall'art. 122, comma 9 del codice, di prevedere nel bando, per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'esclusione automatica delle offerte anomale.

Tale modifica desta perplessità, in quanto l'introduzione generalizzata della valutazione dell'anomalia anche per appalti di importo contenuto potrebbe risultare di difficile applicazione concreta, considerato che le amministrazioni, soprattutto se di piccole dimensioni, potrebbero non essere sufficientemente strutturate per l'espletamento di tale valutazione.

L'Ance, infatti, ritiene che sia necessaria la previsione di un periodo transitorio, durante il quale mantenere la possibilità dell'esclusione automatica quantomeno per gli appalti fino ad un certo importo, introducendo eventualmente una revisione del meccanismo di individuazione della soglia di anomalia che, attraverso l'introduzione di elementi di casualità, possa costituire un deterrente a forme di condizionamento delle procedure di gara.

La motivazione della proposta deriva dall'esigenza di mantenere per appalti di modesto importo il criterio dell'esclusione automatica che ha caratteristiche di maggiore celerità rispetto al criterio di verifica dell'anomalia in contraddittorio, quantomeno per un periodo transitorio (fino al 31 dicembre 2011), onde consentire alle amministrazioni di attrezzarsi adeguatamente sul piano tecnico per effettuare correttamente la verifica delle offerte anomale. Ciò potrà avvenire con l'istituzione di apposite centrali di committenza, altamente specializzate sul piano tecnico-giuridico, che effettuino tali verifiche per conto di un vasto numero di enti su base territoriale (es., provinciale) sulla falsariga di quanto già attuato dalle regioni Sicilia e Veneto.

L'ipotesi di modifica sostanzialmente consiste nell'adozione di un criterio che rimette la determinazione della soglia di anomalia oltre la quale procedere all'esclusione delle offerte (per gli appalti sotto soglia e nei casi in cui l'amministrazione abbia deciso di optare appunto per l'esclusione automatica), al sorteggio, dopo la presentazione delle offerte stesse e prima dell'apertura delle buste, del criterio da adottare tra tre criteri, per la finalità di evitare ogni possibilità di collusione tra i concorrenti:

- il primo costituito dalla cosiddetta media incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media stessa (criterio attuale);

- il secondo, identico al primo, ma con la media che viene decrementata dello scarto medio;
- il terzo, nel quale la media incrementata viene ulteriormente mediata con un numero sorteggiato a caso tra nove numeri equidistanti compresi nell'intervallo tra l'offerta di minor ribasso ammessa e quella immediatamente inferiore alla soglia determinata col criterio attuale.

Col predetto metodo si raggiungono due finalità sostanziali:

1. la prima è quella consistente nella pressoché totale eliminazione della possibilità di accordi collusivi tra più imprenditori mirati a pilotare la determinazione della soglia in modo tale da orientare conseguentemente l'aggiudicazione. Tale finalità risulta confortata dall'analisi di alcuni milioni di gare simulate che sono state attuate con applicazione di un vasto numero di possibili criteri di aggiudicazione;
2. la seconda è quella consistente nel far ricadere il ribasso cui aggiudicare la gara in un ambito di variabilità "accettabile", e cioè, né troppo basso né troppo alto. In altri termini, in applicazione del criterio proposto l'appalto viene aggiudicato ad un'offerta non particolarmente bassa e perciò idonea a consentire la realizzazione dell'opera a regola d'arte e senza i possibili contenziosi che spesso derivano dall'esigenza di rimediare ad offerte fuori mercato perché eccessivamente basse. Inoltre, la casualità insita nel metodo risulta, per così dire, "orientata", in quanto circoscritta, appunto, ad un intervallo di ribassi che si può definire in termini economici accettabile;

D'altra parte la soluzione prospettata non sembra contrastare con la sentenza della Corte di Giustizia europea del 15 maggio 2008 (C. 147/06 e C. 148/06) che pone la regola dell'estensione dei principi delle direttive comunitarie anche agli appalti sotto soglia soltanto quando questi presentino "interesse transfrontaliero" interesse che va individuato, secondo la stessa sentenza, anche in ragione del valore stimato dell'appalto. Ora, il limite di 2,5 milioni di euro, pari a circa la metà della soglia comunitaria, certamente sembra escludere la sussistenza dell'interesse transfrontaliero. D'altra parte, il carattere transitorio della norma proposta, fondato su esigenze contingenti, sembra in ogni caso costituire elemento che ne dà ampia giustificazione anche sul piano comunitario.

EMENDAMENTO

All'art. 1, comma 1, sostituire il contenuto della lettera v.2) con il seguente:

“ - il comma 9 è sostituito dal seguente: <<Esclusivamente per gli appalti di importo inferiore a 2,5 milioni di euro, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante, fino al 31 gennaio 2011, può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla soglia determinata applicando uno dei seguenti tre criteri, estratto a sorte dal Presidente della commissione di gara prima dell'apertura delle offerte:

- a) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione definitiva del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.

b) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione definitiva del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, decrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media; nel caso in cui la media così determinata risulti inferiore all'offerta di minor ribasso ammessa, la gara viene aggiudicata a quest'ultima.

- c) 1. Prima dell'apertura delle offerte si estrae a sorte un numero compreso tra 1 e 9 esclusivamente ai fini della determinazione della soglia di cui ai successivi punti 6 e 7.
2. Delle offerte ammesse alla partecipazione se ne esclude definitivamente il 10% che presenta il ribasso maggiore e il 10% che presenta il ribasso minore.
3. Delle offerte rimaste, se ne calcola la media e vi si aggiunge lo scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.
4. Si considera l'offerta che più si avvicina per difetto alla media incrementata dello scarto.
5. Si divide per 10 la differenza tra la offerta determinata al passo precedente e quella con il ribasso minimo rimasta in gara.
6. il numero determinato al passo precedente, moltiplicato per il numero estratto al passo (1), si somma alla offerta con il ribasso minimo rimasta in gara.
7. La media tra questo numero e la soglia individuata al punto (3) rappresenta la soglia di anomalia.>>

- dopo il comma 9 sono aggiunti i seguenti commi:

<<10. La facoltà di esclusione automatica di cui al comma precedente non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a 5; in tal caso si applica l'articolo 86 comma 3.

11. Quando la stazione appaltante non abbia previsto nel bando l'esclusione automatica la soglia di anomalia è determinata ai sensi dell'articolo 86 comma 3.>>

3. Criteri motivazionali nell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 1, comma 1, lettera r)

L'articolo 83, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, relativamente al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, stabilisce che "La commissione giudicatrice prima dell'apertura delle buste contenente le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub criterio di valutazione il punteggio.....".

Tale previsione risulta soppressa dal terzo decreto correttivo (articolo 1, comma 1, lett. r).

Tale abrogazione è pienamente condivisibile e risponde tra l'altro ad uno specifico rilievo di recente formulato dalla Commissione Europea nel primo atto di apertura di una procedura di infrazione. Infatti, tutti i criteri per l'attribuzione dei punteggi è giusto siano predeterminati nel bando di gara e non rimessi a decisione ex post della commissione giudicatrice che potrebbe dar luogo ad anomale alterazioni della concorrenza.

Peraltro, onde sgombrare il campo da qualsiasi possibile equivoco, potrebbe risultare opportuno integrare l'articolo 83 con la esplicita previsione che i criteri generali per l'attribuzione dei punteggi, ove necessari, devono essere indicati nel bando di gara.

EMENDAMENTO

All'articolo 1, comma 1, sostituire il contenuto della lettera r) con il seguente:

“r) nell'articolo 83, sono apportate le seguenti modifiche:

r.1) al termine del comma 2, dopo la parola <<appropriato.>> inserire il seguente periodo:
<<I criteri analitici per l'attribuzione dei punteggi relativi agli elementi di cui al comma 1, ove necessari, devono essere indicati nel bando di gara e non possono essere in alcun modo modificati o integrati dalla commissione giudicatrice.>>;

r.2) al comma 4, il terzo periodo <<La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando.>> è soppresso”.

4. Leasing in costruendo (art. 2, comma 1, lettera aa.2)

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

La disposizione desta perplessità sotto vari profili.

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

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

Con riferimento alla prima ipotesi, risulta evidente che l'utilizzo del meccanismo di avvalimento, anche se in senso atecnico, implica comunque che l'impresa costruttrice che fornisce i mezzi rimane estranea alla procedura di gara ed al contratto avente ad oggetto l'esecuzione dei lavori. Ciò, ad avviso dell'Ance, si pone in contrasto con la finalità sostanziale dell'operazione, che è quella della realizzazione di un'opera pubblica, in funzione della quale dovrebbe essere garantito un ruolo quantomeno paritario all'impresa costruttrice rispetto al soggetto finanziatore.

In aggiunta a quanto ora detto, deve poi evidenziarsi l'ambiguità del riferimento all'istituto dell'avvalimento, poiché quest'ultimo, per come disciplinato nel codice (art. 49), può essere attuato soltanto tra imprese di costruzione. Nel caso in esame, invece, il soggetto finanziatore è del tutto estraneo alla prestazione relativa ai lavori, non disponendo neppure di quell'organizzazione d'impresa, tipica delle imprese di costruzioni, che nell'avvalimento è assicurata dall'impresa avvalente. In altri termini, l'avvalimento cui accenna la norma in esame finirebbe per essere, nella sostanza, una mera ed integrale delega, a valle dell'aggiudicazione, dell'esecuzione dell'opera ad un soggetto che non ha partecipato alla gara, ma che di fatto è

l'unico vero esecutore. In ultima analisi, sembra delinearsi un quadro analogo a quello emerso con i primi bandi di leasing in costruendo, fortemente contestati e superati dalla prassi successiva, in cui il soggetto finanziatore era il dominus dell'operazione e indicava a propria scelta il soggetto realizzatore.

A ciò si aggiungono perplessità circa il regime delle responsabilità. Infatti, secondo l'art. 160 bis, comma 3 del codice, il finanziatore e l'esecutore, che si associano tra loro, non sono responsabili solidalmente, ma ciascuno in rapporto alla specifica obbligazione assunta. Nel caso dell'avvalimento, invece, (ex art. 49, comma 4 del codice), dovrebbe ritenersi sussistere la responsabilità solidale dell'impresa costruttrice ausiliaria con il soggetto finanziatore ausiliato; tuttavia, in questo caso specifico di avvalimento, tale responsabilità dovrebbe riguardare la prestazione del finanziatore che consiste nella corresponsione dei SAL al costruttore, con l'evidente incongruenza logica che quest'ultimo finirebbe per doversi sostituire al finanziatore proprio nei pagamenti verso se stesso.

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

Infine, ulteriore elemento di perplessità è rappresentato dalla previsione secondo cui il contraente generale può partecipare a gare relative al leasing in costruendo, finalizzate alla realizzazione non soltanto di opere strategiche, ma anche di opere ordinarie. Si pone, perciò, un profilo di illogicità della norma che amplia l'ambito di operatività della figura del contraente generale, contrastando con la disciplina generale che all'evidenza limita tale figura agli appalti inseriti nei programmi della legge obiettivo.

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

Per le considerazioni espresse, si ritiene necessario eliminare dal testo dello schema di decreto correttivo la disposizione di cui all'art. 2, comma 1 lettera aa.2), nonché modificare il testo dell'art. 160 bis, comma 3 del codice, nel senso di prevedere l'associazione temporanea tra finanziatore e realizzatore come unica possibile forma di partecipazione.

EMENDAMENTI

All'art. 2, comma 1, lettera aa), aggiungere dopo la lettera aa.1) la seguente:
 "aa.1 bis) al comma 3 sostituire le parole <<può essere anche>>, con la parola <<è>>";

All'art. 2, comma 1, lettera aa), alla lettera aa.2), apportare le seguenti modifiche:
 - eliminare il comma 4 bis e rinominare i commi 4 ter e 4 quater rispettivamente 4 bis e 4 ter.

5. Opere a scomputo (art. 1, comma 1, lettera f e lettera v.1)

5a. L'art. 32, comma 1, lettera g), sia nel testo vigente, sia nel testo modificato dallo schema di terzo decreto prevede due ipotesi:

- a) al primo periodo, che le opere di urbanizzazione sopra soglia siano realizzate dal titolare del permesso a costruire, il quale, essendo tenuto all'applicazione del codice, deve indire gare pubbliche sulla base della disciplina dello stesso;
- b) al secondo periodo, che l'amministrazione ha facoltà di prevedere che il titolare del permesso a costruire presenti un progetto preliminare (nel testo vigente) o uno studio di fattibilità (nel testo dello schema di terzo decreto), sulla base del quale l'amministrazione indice una gara.

Ora, si fa presente che, come peraltro sostenuto anche da importanti amministrazioni comunali, la procedura sub b) può in concreto determinare situazioni di disfunzione per il titolare del permesso a costruire, considerati i tempi spesso incerti che occorrono alle amministrazioni per l'espletamento delle gare.

Sarebbe, pertanto, auspicabile mantenere soltanto l'ipotesi sub a), eliminando l'alternativa sub b).

5b. In tema di opere a scomputo, si fa presente che varie amministrazioni locali hanno sollevato dubbi interpretativi in ordine alla possibilità di applicare la procedura di cui all'art. 32, comma 1 lettera g) del codice dei contratti anche alle opere da realizzare in attuazione delle convenzioni urbanistiche o di altro strumento urbanistico attuativo comunque denominato.

Pertanto, si propone il seguente emendamento:

EMENDAMENTO

All'art. 1, comma 1 sostituire la lettera f), con la seguente: "f) l'articolo 32, comma 1, lettera g) è così sostituito: <<g) lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che, in veste di stazioni appaltanti, assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dell'articolo 28, comma 5 della legge 17 agosto 1942, n. 1150 o di altro strumento urbanistico attuativo comunque denominato, in relazione alle opere di urbanizzazione, definite a livello di progetto definitivo, nelle medesime convenzioni o nel permesso a costruire;>>".

All'art. 122, comma 8 del codice, con riguardo alle opere di urbanizzazione primaria sotto soglia, per le quali non trova applicazione la disciplina sopra descritta dell'art. 32, comma 1 lettera g), è prevista l'eliminazione del riferimento all'art. 16, comma 2 del D.P.R. n. 380/2001, che disciplina la realizzazione diretta delle opere da parte del titolare del permesso a costruire, a scomputo degli oneri di urbanizzazione.

Tale eliminazione potrebbe ingenerare incertezze circa la possibilità di esecuzione diretta da parte del titolare del permesso a costruire; sarebbe perciò opportuno il mantenimento dell'attuale dizione che richiama espressamente l'articolo 16 del DPR 380/2001.

Inoltre, nel primo periodo del comma 8, il riferimento alla legge n. 847/1964 è improprio, in quanto questa risulta superata dall'art. 16, comma 7 e 7bis del D.P.R. n. 380/2001.

Infine si propone di eliminare l'adempimento formale della comunicazione alla Corte dei Conti, che potrebbe comportare ritardi nell'inizio dei lavori, senza, peraltro, alterare nella sostanza il potere di controllo che rimane invariato. Si propone, pertanto, il seguente emendamento:

EMENDAMENTO

All'articolo 1, comma 1, lettera v), sostituire il punto v.1 con il seguente:

“v.1) sostituire il comma 8 con il seguente: << 8. Le disposizioni di cui all'art. 32, comma 1 lettera g) non si applicano alle opere di urbanizzazione primaria di cui all'articolo 16, commi 7 e 7 bis, del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 correlate all'intervento edilizio assentito, comprensivo dell'ipotesi in cui le opere siano funzionalmente connesse al suddetto intervento edilizio, per le quali continua ad applicarsi l'articolo 16, comma 2 del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 e successive modificazioni>>”

Infine si propongono alcuni affinamenti in relazione alla disposizione transitoria di cui all'art. 253, comma 8, in modo da chiarire il corretto ambito di applicazione della disciplina di cui all'art. 32, comma 1 lettera g).

In particolare, si chiarisce che la disposizione transitoria consente di realizzare, secondo il regime antecedente all'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, e dunque in esecuzione diretta da parte del titolare del permesso a costruire, quelle opere per le quali i privati abbiano già assunto l'obbligo di eseguire i lavori nei confronti del Comune anche in pendenza della convenzione.

Pertanto, si propone il seguente emendamento:

EMENDAMENTO

All'art. 2, comma 1, lettera ii), dopo il punto ii.2), aggiungere il seguente:

“ii.2bis) il comma 8 è sostituito dal seguente: <<Le disposizioni dell'articolo 32, comma 1, lettera g) e dell'articolo 122, comma 8, non si applicano alle opere di urbanizzazione da realizzarsi da parte di soggetti privati che, alla data di entrata in vigore del codice, abbiano già assunto nei confronti del comune, anche in pendenza della convenzione urbanistica, l'obbligo di eseguire i lavori medesimi a scomputo degli oneri di urbanizzazione complessivamente dovuti>>”.

6. Contratti a corpo e a misura (art. 2, comma 1, lettera i.2)

In tema di appalti a corpo e a misura, la norma in esame desta perplessità in quanto elimina sostanzialmente il fatto che sia rimesso all'apprezzamento generale dell'amministrazione se stipulare il contratto di appalto con la modalità a corpo o a misura, in relazione alle caratteristiche del singolo appalto.

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

La norma desta notevoli perplessità, considerato che l'appalto a misura, come è noto, costituisce la forma di contabilizzazione dei lavori più seria e trasparente, in quanto rapporta il corri-

spettivo spettante all'appaltatore alle quantità realmente eseguite ed oggetto di rigorose misurazioni, e pertanto non andrebbe limitata in maniera così significativa.

D'altra parte, tale impostazione risulta ineccepibilmente sancita nel vigente testo dell'art. 53, comma 4 del codice, che rimette all'apprezzamento dell'amministrazione se stipulare a corpo o a misura. Si propone, dunque, il seguente emendamento:

EMENDAMENTO

All'art. 2, comma 1, lettera i, eliminare il punto i.2).

7. Project financing (art. 1, comma 1, lettera y)

7a. Preliminarmente si ritiene opportuno richiamare l'attenzione su un passaggio del parere del Consiglio di Stato sullo schema di terzo decreto correttivo, che solleva notevoli perplessità. In particolare, in ordine alla figura del project, il Consiglio di Stato osserva che, una volta semplificata la procedura con previsione di un'unica gara, l'istituto in esame finisce con l'essere un inutile duplicato della concessione.

L'affermazione non appare convincente, in quanto nella concessione viene posto a base di gara un progetto preliminare, il che presuppone che l'amministrazione abbia già chiaro l'intervento che intende realizzare. Nel project, invece, viene posto a base di gara un semplice studio, il che presuppone che l'amministrazione, ancora in una fase di analisi circa la futura iniziativa, voglia avvalersi dell'apporto tecnico-finanziario dei privati circa l'intervento da realizzare, utilizzando a tal fine l'istituto del project che così manifesta tutta la sua utilità.

L'Ance pertanto ritiene necessario il mantenimento dell'autonoma figura del promotore, così come delineata nello schema di terzo decreto correttivo.

Il Consiglio di Stato, inoltre, si esprime in senso sfavorevole alla disposizione che consente ai potenziali promotori di proporre interventi non previsti nel programma, in base alla considerazione che "l'attività di programmazione è bene rimanga prerogativa della P.A."

L'affermazione desta perplessità, in quanto la disposizione non espropria la P.A. di sue prerogative, ma prevede la possibilità di apporto creativo da parte dei privati, sempre e comunque soggetto a valutazione ed approvazione della stessa P.A.

7b. Lo schema di terzo decreto correttivo ridisegna integralmente la procedura del project che risulta pienamente condivisibile, salvo un particolare concernente la prevista possibilità per i privati di presentare proposte relative ad opere non presenti nella programmazione.

Più in particolare si prevede la possibilità per i soggetti privati di presentare all'amministrazione in qualsiasi momento proposte consistenti in uno studio di fattibilità per la realizzazione e la gestione di opere in concessione anche non individuate nella programmazione.

Qualora l'amministrazione reputi l'opera di interesse pubblico la inserisce nel programma ed avvia la procedura di gara secondo le modalità sopra indicate.

Deve, tuttavia, rilevarsi che tale ipotesi di procedura, che vede realmente protagonista l'iniziativa e la creatività del privato, potrebbe essere migliorata, prevedendo una qualche forma

di riconoscimento dell'apporto d'opera intellettuale del promotore, nell'ipotesi in cui questi, all'esito della gara, non risulti aggiudicatario. In assenza di tale previsione, infatti, tale procedura per le opere non in programma rischia di non costituire una valida opportunità per i privati, che dovrebbero incorrere in uno sforzo creativo ed economico, senza alcun riconoscimento aggiuntivo.

Si propone, pertanto di prevedere un compenso per il proponente relativamente al caso in cui questi non risulti aggiudicatario della gara bandita sulla base della sua proposta recepita dall'amministrazione.

EMENDAMENTO

All'art. 1, comma 1 lettera y), nel comma 16 dell'art. 153 del codice, come ivi modificato, eliminare le parole da "l'adozione" fino a "relativi servizi" ed inserire le seguenti parole: "qualora il promotore partecipi alla procedura di gara indetta sulla base del suo studio di fattibilità e non ne risulti aggiudicatario, ha diritto ad un indennizzo da parte dell'aggiudicatario. Tale indennizzo copre le spese per la redazione dello studio di fattibilità e per il contributo creativo fornito dal promotore; esso è commisurato alle spese sostenute e documentate dal promotore, con la maggiorazione del 20% e deve essere quantificato ed indicato dal soggetto appaltante all'atto dell'inserimento dello studio di fattibilità nel programma."

8. Immediata entrata in vigore delle norme sulla qualificazione

Sia l'emanando regolamento sia lo schema di terzo decreto correttivo contengono importanti norme innovative in tema di qualificazione, alcune delle quali mirate a porre rimedio alla riduzione del volume degli appalti degli ultimi anni e conseguente riduzione del fatturato delle imprese (vedi art. 2, comma 1, lettera ii.3), che prevede l'ampliamento del periodo di attività documentabile ai fini della qualificazione).

Si ritiene, pertanto, necessario che le norme sulla qualificazione entrino in vigore contestualmente alla pubblicazione del regolamento e non dopo 180 giorni da questa, come invece stabilito in via generale dall'art. 253, comma 2. Inoltre, si ritiene necessario che la specifica disposizione dell'ampliamento dell'attività documentabile entri in vigore immediatamente con l'approvazione del terzo decreto correttivo, pur nelle more della pubblicazione del nuovo regolamento.

EMENDAMENTO

All'art. 2, comma 1, lettera ii):

- il punto ii.2) è sostituito dal seguente: "Tutte le disposizioni del regolamento inerenti il sistema di qualificazione delle imprese, comprese le norme inerenti il sistema delle SOA, entrano in vigore il giorno successivo alla pubblicazione del regolamento stesso sulla Gazzetta Ufficiale";
- al punto ii.3), dopo le parole "lettera b)," aggiungere le seguenti "con decorrenza immediata e".

Parte III. Richieste di inserimento nel terzo decreto di ulteriori disposizioni

Tali richieste, essendo nuove rispetto al testo dell'attuale schema di terzo decreto correttivo, vengono previste nell'ambito di un articolo 2 bis, di cui si chiede l'inserimento. Si passa di seguito a descrivere le richieste di modifica, costituenti ciascuna un punto specifico di tale articolo 2 bis.

1. Consorzi stabili (art. 36 codice)

La disciplina dei consorzi stabili richiede una seria revisione; attualmente essi sono disciplinati da una stratificazione normativa priva di un disegno organico e di politica industriale. Il consorzio stabile costituisce invece una forma di aggregazione da promuovere per la crescita dell'associazionismo tra imprenditori che dia luogo ad organizzazioni strutturate. Lo scopo è quello di giungere ad una disciplina chiara ed effettivamente incentivante.

Una analisi della disciplina dei consorzi stabili evidenzia inoltre i particolari privilegi di cui godono le analoghe strutture consortili cooperative ed artigiane; privilegi incompatibili con un mercato trasparente e concorrenziale.

In tali prospettive si formulano pertanto alcuni suggerimenti e proposte di modifica alle norme del Codice dei contratti pubblici, di cui al d. lgs n. 163/2006.

a) Suddivisione dei requisiti in caso di scioglimento (art. 36 comma 2)

La disposizione prevede, nella seconda parte, l'attribuzione ai consorziati dei requisiti maturati a favore del consorzio. (Tale disposizione ha senso solo in caso il consorzio adotti il sistema di qualificazione fondato sui requisiti maturati dal Consorzio v. art.18 DPR 34/2000).

L'incongruenza della disposizione sta nel consentire la suddivisione tra i consorziati dei requisiti del consorzio, purché ciò non avvenga oltre sei anni dalla costituzione: dimenticando che i consorzi non potrebbero a rigore sciogliersi per almeno 5 anni, come dispone il primo comma.

b) Divieto di partecipazione congiunta (art. 36 comma 5)

La partecipazione congiunta alla stessa gara di consorzio e consorziato è stata esclusa in tutti i casi, giusta la modifica dell'art. 37, comma 7; tale circostanza è fortemente ostativa alla costituzione di consorzi stabili tra imprese di costruzione, le quali conservano un forte interesse a mantenere la propria libertà sul mercato.

Il divieto di partecipazione congiunta in tutti i casi potrebbe essere in parte mitigato, con una soluzione che ammetta tale partecipazione, ma soltanto in presenza di alcuni requisiti strutturali del consorzio, che garantiscano l'indipendenza degli organi consortili rispetto ai consorziati.

c) Qualificazione per l'illimitato (art. 36, comma 7)

Appare una semplice dimenticanza ed è quindi da correggere, la norma nella parte in cui non attribuisce qualificazione per importo illimitato in una determinata categoria quando vi siano almeno due consorziati in possesso di classifica VII (15,5 milioni di € circa). Tale qualificazione è infatti attribuita in situazioni certamente di minore garanzia: a) ai consorzi che abbiano un socio con classifica VII e due soci con classifica V (5 milioni circa di €); b) ai consorzi che abbiano tre consorziati con classifica VI.

d) Qualificazione per progettazione e costruzione

Al fine di promuovere i consorzi stabili come forma di crescita e di aggregazione tra imprese in un mercato in cui avranno sempre più spazio gare ed affidamenti che richiedono l'integrazione di prestazioni esecutive e tecnico progettuali, appare opportuno consentire la partecipazione ai consorzi di soggetti operanti nell'ingegneria.

Si propone, pertanto, il seguente emendamento:

EMENDAMENTO

Dopo l'articolo 2 è inserito il seguente articolo 2 bis:

ARTICOLO 2 BIS *(Disposizioni aggiuntive)*

1. Al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono apportate le seguenti modifiche:
 - a) nell'art. 36:
 - al comma 2, eliminare le parole: "purché ciò non avvenga oltre 6 anni dalla data di costituzione";
 - sostituire il comma 5 con i seguenti commi:
 - “ 5. E' vietata la partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e dei consorziati. 5 bis. I consorzi stabili possono indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre. I consorziati diversi da quelli indicati come esecutori possono concorrere alla medesima gara, soltanto qualora sussistano le seguenti condizioni:
 - a. il numero dei consorziati costituenti il consorzio sia pari o superiore a dieci;
 - b. lo statuto del consorzio preveda il divieto, per i soggetti aventi rapporti di dipendenza o rapporti economici continuativi con le imprese consorziate, di far parte degli organi di amministrazione e tecnici del consorzio, nonché di assumere incarichi dirigenziali all'interno del consorzio stesso.
 - 5 ter. E' vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile”;
 - al comma 7, 3° periodo, dopo le parole “ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno” inserire le seguenti parole “due con qualificazione per classifica VII ovvero”;
 - dopo il comma 7, inserire il seguente comma 7bis: “ 7 bis. Al consorzio stabile possono aderire anche i soggetti di cui all'art. 90 lett. d), e) ed f). Tali soggetti rispondono solidalmente nei confronti della stazione appaltante o concedente, limitatamente alle prestazioni di loro competenza nell'ambito del consorzio.”
2. **Sospensione pagamenti SAL per irregolarità del DURC (art. 118, comma 6, ultimo periodo)**

L'art. 118, comma 6, ultimo periodo stabilisce che, ai fini del pagamento degli stati di avanzamento, l'appaltatore e per suo tramite anche i subappaltatori trasmettono all'amministrazione i rispettivi DURC. Tale disposizione viene correntemente intesa nel senso che l'amministrazione sospende il pagamento dell'intero SAL, quale che sia l'entità dell'inadempimento contributivo. Tale modalità applicativa, discendente dal tenore letterale della norma vigente, conduce, come è evidente, a conseguenze inaccettabili, visto che sovente si verifica un accentuato divario tra un modesto inadempimento contributivo e l'importo di un SAL enormemente più elevato. In base ai principi generali del diritto civile, si ritiene perciò necessario integrare la disposizione con la previsione secondo cui il pagamento del SAL viene sospeso nei limiti dell'accertato inadempimento contributivo, con il seguente emendamento, sempre da inserire in un nuovo art. 2 bis del decreto:

EMENDAMENTO

ARTICOLO 2 BIS

(Disposizioni aggiuntive)

1. Al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono apportate le seguenti modifiche:

a)

b) all'art. 118, comma 6, ultimo periodo, dopo le parole "ove dovuti.", aggiungere le seguenti:
"Il pagamento del SAL è comunque sospeso per la parte corrispondente all'inadempimento contributivo relativo ai lavoratori impiegati nello specifico appalto e relativi subappalti."

3. Procedura negoziata: innalzamento soglia a 500.000 euro (art. 122, comma 7)

Si propone di innalzare la soglia della procedura negoziata, stabilita dal comma 7 dell'art. 122 da 100.000 a 500.000 euro.

Tale proposta appare necessaria per l'esigenza di rendere più agile ed operativa l'azione specie delle piccole amministrazioni negli interventi sul territorio di modesta entità. Tanto più che la prevista esigenza di esperire un confronto concorrenziale tra almeno tre imprese fa salvo il principio della concorrenzialità anche sotto il profilo delle regole comunitarie. A ciò si aggiunga che la procedura richiamata (articolo 57, comma 6) prevede che comunque nell'indire le successive negoziate, l'amministrazione debba rispettare il criterio della rotazione, venendosi così ad ottenere l'effetto di affidamenti agili e distribuiti in modo generalizzato tra l'imprenditoria locale.

EMENDAMENTO

ARTICOLO 2 BIS

(Disposizioni aggiuntive)

1. Al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono apportate le seguenti modifiche:

a)

b)

c) all'articolo 122, il comma 7 è sostituito dal seguente: "7. La procedura negoziata è ammessa, oltre che nei casi di cui agli articoli 56 e 57, anche per i lavori di importo complessivo non superiore a 500.000 euro. In tal caso, trova applicazione il procedimento di cui all'articolo 57, comma 6."

4. Adeguamento del prezzo dei materiali da costruzione (art. 133, commi 4, 5, 6 e 7)

Come è noto, l'articolo 133, commi 4 e seguenti del Codice dei contratti pubblici prevede la possibilità di corresponsione all'appaltatore di un corrispettivo aggiuntivo per l'adeguamento dei costi dei materiali allorchè questi subiscano aumenti considerevoli.

Le condizioni cui è subordinato il riconoscimento sono le seguenti:

- a) che l'aumento sia determinato da "circostanze eccezionali" ;
- b) che l'aumento ecceda del 10% il prezzo rilevato dal Ministero nell'anno di presentazione dell'offerta;
- c) che l'aumento abbia luogo nell'anno successivo a quello di presentazione dell'offerta e sia rilevato con decreto del Ministro entro il 30 giugno dell'anno successivo alla variazione. In altri termini, per esempio, perché si possa riconoscere l'aumento, è necessario che l'offerta sia presentata nel 2004, che l'aumento abbia luogo nel 2005 rispetto al 2004 ed infine che tale aumento sia rilevato con decreto nel mese di giugno 2006.

Come si vede, si tratta di disciplina la cui applicazione può condurre a volte ad effetti singolari di cui questa Associazione ha riscontrato numerosi ipotesi. Si pensi, tornando all'esempio prima fatto, ad un'offerta presentata nel dicembre 2004 che da luogo al diritto all'adeguamento, e ad un'offerta presentata nel gennaio 2005, che invece non da luogo ad alcun diritto.

In realtà l'intera disciplina meriterebbe, a nostro avviso, una radicale rivisitazione onde evitare i singolari effetti di cui prima si è fatto un esempio e consentire una applicazione dell'istituto omogenea ed equa per qualsiasi operatore economico che comunque subisca l'aumento del costo dei materiali.

La situazione risulta peraltro oggi insostenibile, in considerazione degli aumenti continui e incontrollabili dei prezzi di molti materiali (tra i quali, in primo luogo, i derivati dell'acciaio) che si stanno verificando a causa, sia dell'aumento del costo del petrolio, sia della maggiore richiesta sui mercati internazionali.

In base alla vigente disciplina potranno chiedere l'adeguamento soltanto le imprese che hanno presentato offerta nel 2007 e soltanto dopo che sarà stato pubblicato il decreto nel giugno 2009 che rileverà tale aumento.

A nostro avviso i commi 4 e seguenti dell'articolo 133 del codice dei contratti pubblici dovrebbero essere opportunamente rivisitati con le seguenti modifiche ed integrazioni:

- 1) eliminare l'esigenza del carattere di eccezionalità dell'evento, considerato che un aumento superiore del 10%, rispetto al momento di presentazione dell'offerta, è già di per sé eccezionale e non richiede alcuna ulteriore prova della sua riconducibilità ad eventi al di fuori del normale;
- 2) prevedere che la verifica delle variazioni dei prezzi avvenga ogni sei mesi e che la rilevazione dei prezzi sia riferita a ciascuno dei detti sei mesi; ciò consentirebbe il riconoscimento dell'adeguamento a chiunque abbia effettivamente sopportato l'aumento del costo dei materiali a prescindere dall'anno di collocazione di presentazione dell'offerta (es. se l'offerta è del gennaio 2008, l'appaltatore avrà diritto agli adeguamenti, al netto dell'alea, intervenuti successivamente a tale data e sempreché, ovviamente, ne dia prova con la presentazione dei documenti di acquisto che dimostrino l'incremento rispetto ai prezzi rilevati nel mese dell'offerta).

Si propone, pertanto, il seguente emendamento:

EMENDAMENTO

Dopo l'articolo 2 è inserito il seguente articolo 2 bis:

ARTICOLO 2 BIS (Disposizioni aggiuntive)

1. Al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono apportate le seguenti modifiche:

a)

b)

c)

d) all'art. 133, i commi 4, 5, 6 e 7 sono sostituiti dai seguenti:

“4. In deroga a quanto previsto dal comma 2, qualora si verificano aumenti del costo dei singoli materiali da costruzione o di singole materie prime comunque occorrenti nel ciclo produttivo, eccedenti il 10% rispetto al costo corrente alla data di presentazione dell'offerta, va corrisposto all'impresa esecutrice un compenso, per la parte eccedente detta aliquota, commisurato agli indici di cui al comma successivo.

5. Ai fini del comma precedente, il Ministero delle infrastrutture, nei mesi di giugno e dicembre di ogni anno, rileva con apposito decreto i prezzi mensili dei materiali da costruzione comunemente adottati. Qualora un materiale non sia previsto nel decreto, l'ente appaltante applica i medesimi criteri, ai fini della compensazione, tramite listini o prezzari che presentino carattere di attendibilità, ovvero ricorrendo alle variazioni di materiali similari previsti nel decreto.

6. I compensi di cui sopra vengono corrisposti, su motivata richiesta dell'impresa, contestualmente ai pagamenti relativi alle lavorazioni nelle quali vengono impiegati i materiali o le materie prime per i quali si sono verificate le condizioni di cui al comma 4, a valere sulla voce per adeguamento dei prezzi che ciascuna amministrazione deve prevedere nel quadro economico in sede di approvazione del progetto e, qualora questa risulti insufficiente, sulla voce stanziata per imprevisti ovvero sulle somme derivanti da ribassi d'asta. Nel caso di insufficienza di queste voci, l'impegno viene assunto a valere sugli stanziamenti previsti per l'anno successivo.

7. Le modalità applicative della disciplina di cui ai precedenti commi sono demandate ad apposito decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti da emanare entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della presente norma.

7bis. La disciplina di cui ai commi da 4 a 7 trova immediata applicazione e le variazioni mensili intervenute nel corso del 2008 sono rilevate con unico decreto da emanare entro il 31 dicembre 2008.”

22 luglio 2008
CL/PDF