

**PARERE APPROVATO DALLA COMMISSIONE
SULL'ATTO DEL GOVERNO N. 12**

L'8ª Commissione Lavori pubblici, comunicazioni, esaminato lo schema di decreto legislativo recante «Ulteriori modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture» (Atto del Governo n. 12),

premesso che:

– L'8ª Commissione ha a suo tempo espresso articolati pareri sui precedenti decreti correttivi del cosiddetto Codice degli appalti, correttivi di cui ai decreti legislativi n. 6 e 113 del 2007;

– in particolare, con il primo correttivo, di cui al decreto legislativo n. 6 del 2007, si era intervenuti sulla disciplina transitoria del Codice, prevedendo il differimento al 1º agosto 2007 dell'entrata in vigore delle norme che disciplinano alcuni nuovi istituti, quali le centrali di committenza, il dialogo competitivo, gli accordi quadro, le procedure negoziate, l'appalto integrato e gli appalti con attività di progettazione in sede di gara; tra le novità di carattere sostanziale apportate con il primo correttivo, rientravano le modifiche alla disciplina dell'avvalimento, quelle apportate agli articoli 122 e 124 del Codice, finalizzate a coordinare il regime di pubblicità previsto per i contratti cosiddetti sotto soglia con le disposizioni sopra soglia, nonché le modifiche, relative all'articolo 196, in ordine al responsabile del procedimento per gli appalti nel settore della difesa;

– con il secondo correttivo, di cui al decreto legislativo n. 113 del 2007, si era poi disposta l'ulteriore sospensione dell'applicazione delle disposizioni concernenti il dialogo competitivo e l'appalto integrato fino all'entrata in vigore del regolamento di attuazione di cui all'articolo 5 del Codice; quanto invece alle novità sostanziali, con il secondo correttivo, si era limitato l'ambito di applicazione della procedura negoziata con e senza pubblicazione di un bando di gara, e si era circoscritta l'operatività dell'accordo quadro, consentito unicamente per i lavori di manutenzione; altre modifiche avevano riguardato la disciplina dell'appalto integrato, nonché le disposizioni a tutela del lavoro ed in materia di vigilanza sui lavori pubblici; si era inoltre intervenuti sulla disciplina del sistema di qualificazione dei lavori pubblici nell'ottica di una maggiore responsabilizzazione delle SOA al fine del corretto svolgimento delle proprie attività e nella direzione della migliore estrinsecazione del potere sanzionatorio dell'Autorità di vigilanza, mentre altre novità avevano riguardato il rafforzamento delle misure anticrimine per le opere strategiche, nonché la soppressione del diritto di prelazione a favore del promotore nell'ambito della

disciplina della finanza di progetto, al fine di superare le censure mosse dalla Commissione Europea;

– il terzo correttivo, oggetto del provvedimento in titolo, è stato predisposto dal Governo tenendo conto dei rilievi formulati dalla Commissione Europea con la procedura d'infrazione n. 2007/2309, avviata con la lettera di messa in mora della Commissione Europea del 30 gennaio 2008, nonché della sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea 15 maggio 2008, in tema di esclusione automatica delle offerte autonome dei contratti sotto soglia, nonché, ancora, delle osservazioni espresse dal Consiglio di Stato nel parere 3262 del 2007, in relazione allo schema di regolamento di attuazione del Codice;

– l'8ª Commissione ha tenuto conto, nell'esame dello schema di decreto in titolo, del parere espresso dalla Conferenza Unificata in data 10 luglio 2008, nonché del parere espresso dal Consiglio di Stato in data 16 luglio 2008;

– l'8ª Commissione ha altresì preso atto delle osservazioni favorevoli con rilievi espresse dalle Commissioni 1ª e 14ª, nonché delle osservazioni favorevoli formulate dalle Commissioni 2ª, 10ª e 13ª del Senato;

– l'8ª Commissione ha ritenuto opportuno infine effettuare un significativo ciclo di audizioni, ascoltando rappresentanti dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, della Confindustria, dell'ANCE, dell'AGI, dell'IGI, dell'UCSI, dell'AISCAT, dell'OICE, del Consiglio nazionale degli architetti, del Consiglio nazionale degli ingegneri, nonché delle organizzazioni sindacali CGIL, CISL, UIL e UGL, acquisendo inoltre un contributo scritto dell'ANCPL-Legacoop;

esprime parere favorevole con le osservazioni esplicitate nelle seguenti proposte di modifica:

1.1 Opere di urbanizzazione a scomputo del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire La modifica interessa solo il secondo periodo dell'art. 32, comma 1 lett. g, così come modificato dall'art. 1, lett. f) dello schema governativo e si propone di definire con maggiore certezza i contenuti della procedura di gara che l'Amministrazione che rilascia il permesso a costruire ha la facoltà di espletare in alternativa alla gara da esperire dal titolare del permesso a costruire.

Posto che le opere di urbanizzazione costituiscono parte del più complesso intervento edilizio attuato dal titolare del permesso a costruire e sono in grado di incidere sul risultato dell'intervento stesso, è necessario che l'Amministrazione, nel bandire la gara tenga conto di tali esigenze e quindi dei tempi indicati dal titolare del permesso a costruire nonché dell'articolazione contrattuale del rapporto (con i connessi obblighi) che l'esecutore deve rispettare.

In tal modo le due soluzioni (gara da parte del titolare del permesso a costruire e gara da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice) assumono un reale carattere di fungibilità.

Conseguentemente all'articolo 1, lettera f) il secondo periodo dell'art. 32, comma 1, lett. g) dello schema governativo è modificato come segue:

«L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione il titolare del permesso di costruire presenti un progetto preliminare delle opere da eseguire con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto.

L'amministrazione sulla base del progetto preliminare, dello schema di contratto e del termine indicato dal titolare del permesso a costruire bandisce una gara con le modalità previste dall'art. 55, richiedendo in sede di offerta la presentazione del progetto definitivo.

L'oggetto del contratto sarà costituito dal progetto esecutivo e dall'esecuzione dei lavori, mentre l'offerta dovrà indicare anche il corrispettivo richiesto per il progetto definitivo, ricompreso nel prezzo contrattuale.

Dovranno altresì essere indicate distintamente in offerta le quote del prezzo contrattuale relative alla progettazione esecutiva e agli oneri per la sicurezza».

Per le opere a scomputo di importo inferiore alla soglia comunitaria il testo dello schema governativo modifica il comma 8 dell'art. 122 del Codice all'art. 1, lett. v1.

Per opere di tali minori dimensioni – e quindi di più immediata e rapida attuazione nonché di più diretta incidenza sull'intervento del titolare del permesso a costruire – non è utile prevedere l'alternativa della procedura esperita dal titolare del permesso a costruire ovvero dall'amministrazione aggiudicatrice. E' sufficiente prevedere a carico del titolare del permesso a costruire l'obbligo di adottare la procedura dell'art. 57, comma 6, del Codice così come specificata dallo schema governativo.

Conseguentemente l'art. 1, lett. v) dello schema governativo deve essere così modificato:

Art. 1 lett. v1) «Per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'art. 32, comma 1, lett. g) il titolare del permesso a costruire applica la procedura prevista dall'art. 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti se sussistono in tale numero soggetti idonei».

1.2 Avvalimento: Lavori In relazione alla disciplina dell'avvalimento, si propone di sostituire il comma 6 dell'articolo 49, come segue:

6. «Per i lavori il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo del lavoro o delle sue caratteristiche tecniche».

1.3 Opere ad elevato contenuto tecnologico L'art. 1, lett. h) dello schema governativo deve essere radicalmente modificato. Esso muove dalla necessità di superare la precedente previsione dell'art. 37, comma

11, del Codice censurata in sede comunitaria in quanto imponeva l'obbligo, per le opere ad elevato contenuto tecnologico, di associare in sede di gara l'impresa specializzata (in un raggruppamento verticale) con correlato divieto di subappalto. Ciò è parso alla Commissione CE una lesione alla libera concorrenza o alla libertà di impresa.

La soluzione prospettata nello schema governativo da un lato consente il subappalto anche per tali opere specializzate (con la cancellazione dell'obbligo di associazione delle imprese in sede di gara) ma sottopone tali subappalti ad un regime speciale del tutto incongruo rispetto a tutti gli altri subappalti: un ribasso consentito estremamente ridotto, pagamento diretto della stazione appaltante etc.

Una simile diversità di trattamento non trova giustificazione e pertanto anche tali subappalti devono essere sottoposti alle regole generali dell'art. 118 del Codice.

Non può peraltro non considerarsi che relativamente a tali lavori specializzati esiste un'indubbia esigenza di assicurarne l'esecuzione solo da parte di imprese effettivamente in possesso di una adeguata tecnologia e/o di specifiche esperienze e competenze.

E questo sia a tutela delle Amministrazioni aggiudicatrici sia per stimolare la crescita tecnologica delle imprese specializzate.

Tali obiettivi possono peraltro essere più utilmente e correttamente perseguiti con una triplice modalità di azione:

(i) con una più corretta perimetrazione dei lavori e delle componenti specialistiche di che trattasi da effettuare con il Regolamento;

(ii) con l'individuazione degli elementi di specializzazione necessari alla loro esecuzione – anch'essa da effettuare con il Regolamento – da considerare ulteriori rispetto alla SOA;

(iii) con la fissazione dell'obbligo di esecuzione di tali lavori e componenti solo da parte di chi – affidatario o sub affidatario – sia in possesso di tale peculiare specializzazione.

Evidenti esigenze di trasparenza impongono che l'esistenza di tali lavori e componenti nell'ambito di un appalto posto in gara risulti già dal bando.

Conseguentemente l'art. 1, lett. h) dello schema governativo potrebbe utilmente essere sostituito dal seguente.

art. 1 lett. h) nell'art. 37, il comma 11 è così sostituito:

11. «Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, i soggetti affidatari sono tenuti a subappaltare i predetti lavori o componenti ai sensi dell'art. 118 del Codice ad imprese specializzate, ove non siano in grado di realizzarli direttamente. Il Regolamento fissa la tipologia di tali lavori o componenti nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, aggiuntivi alla qualificazione regolata dal decreto del Presidente della Re-

pubblica 25 gennaio 2000 n. 34. Il bando di gara indica, se esistenti, i lavori e le componenti predetti ed il relativo importo. Il possesso dei requisiti di specializzazione deve essere dichiarato e comprovato in sede di gara dall'affidatario che esegue direttamente tali lavori e componenti ovvero in sede di autorizzazione al subappalto degli stessi con riferimento al subappaltatore individuato».

Il subappalto, ove consentito, non può essere artificiosamente diviso in più contratti.

La norma contenuta nel presente comma si applica a decorrere dalla data di entrata in vigore del recepimento dei requisiti di qualificazione di cui al primo capoverso del presente comma nel regolamento di cui all'art. 5.

1.4 Poteri discrezionali delle commissioni di gara L'art. 1 lett. r) dello schema governativo rappresenta una condivisibile soluzione alle considerazioni formulate dalla Corte di Giustizia CE in merito alla predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte economicamente più vantaggiose, su cui anche il Consiglio di Stato si è espresso positivamente.

Lo schema governativo non tiene invece conto dell'ulteriore indicazione fornita dal Consiglio di Stato, di aggiungere al primo periodo del medesimo comma 4 dell'art. 83 del Codice l'espressione «e i relativi criteri di valutazione».

Si ritiene che tale integrazione suggerita dal Consiglio di Stato debba essere inserita nella norma, per chiarire che il bando non solo debba indicare per ogni elemento di giudizio, i sub criteri e i sub - pesi o sub - punteggi ma altresì le modalità con cui questi saranno assegnati.

Giova evidenziare che l'indicazione dei criteri di valutazione dei sub - criteri ovvero dei sub - pesi o sub - punteggi non priva le Commissioni giudicatrici di autonomia di giudizio, ma si limita ad incanalare l'esercizio di tale discrezionalità verso l'obiettivo perseguito dall'Amministrazione aggiudicatrice.

Conseguentemente l'art. 1 lett. r) dello schema governativo potrebbe essere così integrato:

art. 1 lett. r: nell'articolo 83, comma 4, 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 prestabilito del bando» è soppresso e al primo periodo è aggiunto «e i relativi criteri di valutazione».

1.5 Procedure di affidamento per il caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento

L'art. 1 lett. x 3) dello schema governativo abroga integralmente i commi 3 e 4 dell'art. 40 del Codice aderendo alle indicazioni fornite dalla Commissione CE che ha individuato in tali norme una ipotesi di procedura negoziata non disciplinata dalla Direttiva CE.

L'intervento abrogativo va peraltro oltre gli stessi rilievi della Commissione CE, andando a colpire anche i casi in cui i lavori ancora da completare al momento del fallimento o della risoluzione per inadempimento siano di importo inferiore alla soglia comunitaria e pertanto non disciplinati dalla Direttiva CE.

Per tali casi le indicazioni derivate dalle decisioni della Corte di Giustizia CE sono nel senso di dover preservare negli affidamenti i soli principi della concorrenza e della non discriminazione, principi pienamente salvaguardati dall'art. 57, comma 6 del Codice.

In ragione di quanto sopra l'art. 1 lett. x 3) dello schema governativo deve essere così modificato:

art. 1 lett. x 3) nell'articolo 140, comma 3, dopo le parole «dell'articolo 57» è aggiunto «comma 6» e sono soppresse le parole «è pari o superiore alla soglia di cui all'art. 28, ovvero nel rispetto dei principi del trattato a tutela della concorrenza, sé l'importo suddetto».

Il comma 4 non va abrogato.

1.6 Esclusione automatica delle offerte anomale sotto soglia

L'art. 1 lett. v 2 e l'art. 1 lett. w del decreto governativo costituiscono un ragionevole e condivisibile punto di equilibrio tra i principi fissati dalla Corte di Giustizia CE con la nota sentenza 15 maggio 2008 e le esigenze operative delle amministrazioni aggiudicatrici per gare di importo contenuto.

Infatti gli appalti di lavori di importo inferiore a 1.000.000,00 di euro (art. 1 lett. v 2) e di servizi e forniture di importo inferiore a 100.000,00 euro (art. 1 lett. w) non possono ragionevolmente ritenersi di interesse transfrontaliero (criterio di rilevanza indicata dalla Corte di Giustizia CE).

Altrettanto ragionevole è l'innalzamento a 10 del numero minimo di offerte ammesse alla gara come ulteriore limitazione all'applicazione dell'esclusione automatica.

Al di sotto di tale numero minimo, infatti, l'eventuale attività istruttoria dell'Amministrazione riguarderebbe ragionevolmente una platea assai limitata di possibili offerte anomale.

Conseguentemente le modifiche introdotte all'art. 122, comma 9, del Codice per gli appalti di lavori sotto soglia (art. 1 lett. v 2 dello schema governativo) e all'art. 124, comma 8, del Codice per gli appalti di servizi e forniture (art. 1 lett. w dello schema governativo) sono pienamente condivisibili.

1.7 Promotore – Finanza di progetto

L'art. 1 lett. y e z) dello schema governativo modifica la procedura di individuazione del promotore a seguito dell'eliminazione del diritto di prelazione precedentemente previsto all'art. 154 del Codice e frettolosamente eliminato con il secondo decreto correttivo in acritico accoglimento delle osservazioni formulate sul punto della Commissione CE.

Con l'eliminazione del diritto di prelazione l'originaria articolazione della procedura regolata dagli artt. 153 - 155 del Codice in tre distinte fasi (scelta del promotore, procedura di scelta di una o due offerte concorrenti sulla base della proposta del promotore ritenuta di pubblico interesse, procedura negoziata tra tali offerte concorrenti e il promotore) non aveva più alcuna ragione d'essere e pertanto lo schema governativo ha indubbiamente snellito l'intera procedura, riconducendola - nella sostanza - ad una gara per affidamento in concessione sulla base di uno studio di fattibilità anziché di un progetto preliminare come avviene di norma per gli affidamenti in concessione ordinari (ex art. 143 del Codice).

Ma la soluzione prospettata dallo schema governativo non pare del tutto soddisfacente.

Sulla figura del promotore e sull'istituto delle finanze di progetto si impone invece un ripensamento complessivo alla luce delle esperienze maturate.

Nel periodo di tempo in cui il diritto di prelazione è stato vigente si era manifestata una forte attenzione da parte del settore imprenditoriale e finanziario sull'istituto del promotore e della finanza di progetto con una ampia mobilitazione di risorse sia di carattere imprenditoriale e tecnico che economico-finanziario.

Ciò ha dimostrato che in presenza di una ragionevole aspettativa - sia pure in contesto concorrenziale - di acquisire la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o di pubblica utilità il mondo delle imprese è stato in grado di sviluppare proposte di investimento di pubblico interesse e di mobilitare le necessarie risorse private in tutto o in parte occorrenti per la loro realizzazione.

In un contesto di risorse pubbliche sempre più limitate nel settore degli interventi pubblici o di pubblico interesse tale iniziativa privata deve essere sempre più stimolata, con modalità idonee a consentire risposte efficaci e impegnative.

In questa ottica la modifica dell'art. 153 del Codice indicata dal decreto correttivo con l'abrogazione degli artt. 154 e 155 non pare esaustiva.

In primo luogo essa infatti presuppone che l'Amministrazione, a valle della propria programmazione triennale, pubblichi un bando per ciascuna delle opere che prevede di realizzare con la finanza di progetto. Questa unica possibilità costituisce una evidente riduzione delle possibilità di impiego di tale strumento.

Occorre dunque individuare modalità con cui il privato interessato abbia la possibilità di attivare il meccanismo anche in assenza dell'iniziativa dell'Amministrazione, ove questa non intervenga in un tempo definito, fermo restando il potere di quest'ultima di valutare la sussistenza di un interesse pubblico alla proposta.

Occorre poi introdurre meccanismi che comunque impegnino l'Amministrazione a valutare la sussistenza di un interesse pubblico per interventi proposti dal privato e non ricompresi nell'elenco di quelli ritenuti attivabili con finanziamento privato.

Occorre infine ribadire la possibilità per gli operatori economici di formulare proposte non impegnative per le amministrazioni aggiudicatrici da inserire nei documenti di riprogrammazione.

Devono quindi essere integralmente riscritti gli articoli 153, 154 e 155 del Codice, recuperando almeno parzialmente, ed in via alternativa, la prelazione che è stata troppo frettolosamente espunta dal Codice, aderendo in ogni caso ai rilievi della Commissione CE di una pubblicità in sede comunitaria di tale peculiare situazione.

Ulteriore impulso all'istituto potrà avvenire dall'estensione della sua applicazione a tutte le figure del Partenariato Pubblico Privato.

Pertanto l'art. 1 lettere y e z dello schema di decreto deve essere così modificato:

art. 1 lett. y e z): Gli articoli 153, 154 e 155 potrebbero essere così sostituiti:

«1. Per la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità inseriti nella programmazione triennale di cui all'art. 128, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati in quanto suscettibili di gestione economica, le amministrazioni aggiudicatrici nei sessanta giorni dalla approvazione della programmazione medesima, devono pubblicare un avviso indicativo contenente l'elenco di tali lavori pubblici o di pubblica utilità.

L'elenco è inviato alla Commissione per la pubblicazione ed è altresì pubblicato mediante affissione presso la propria sede per almeno sessanta giorni consecutivi nonché sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7, con le modalità ivi previste e sul profilo proprio del committente. Fermi tali obblighi di pubblicazione le amministrazioni aggiudicatrici hanno facoltà di pubblicare lo stesso avviso facendo ricorso ad ulteriori modalità, nel rispetto dei principi di cui all'art. 2 del Codice.

2. Nei centoottanta giorni successivi alla approvazione della programmazione ovvero degli strumenti di programmazione di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici pubblicano con le modalità di cui all'art. 66 ovvero di cui all'art. 122, secondo l'importo dei lavori, un bando conforme alle previsioni relative all'affidamento delle concessioni di cui all'art. 144, per ognuno dei lavori pubblici o di pubblica utilità inseriti nei programmi medesimi e finanziabili in tutto o in parte con capitali privati.

Tale bando dovrà essere tra l'altro corredato:

- della indicazione della finalità di pubblico interesse perseguita;
- dello studio di fattibilità e, ove disponibile, del progetto preliminare nonché delle eventuali prescrizioni dei soggetti competenti alla approvazione del progetto, ove acquisite;
- della indicazione della disponibilità, ove possibile con il relativo ammontare, di risorse finanziarie proprie o derivanti da altre fonti nazionali o comunitarie, e della indicazione che l'aggiudicazione definitiva della concessione è condizionata alla individuazione delle risorse del con-

cedente che risulteranno necessarie in esito alla gara ed alla approvazione del progetto;

- della indicazione, ove sussistenti, degli elementi di cui è necessario tener conto nella presentazione di offerta quali, a titolo indicativo, il valore massimo del prezzo richiedibile, la tipologia dei servizi necessari ed il relativo canone, i connotati tecnici non derogabili, le modalità, procedure ed elementi economici necessari a valutare il costo di eventuali varianti al progetto prescelto e le conseguenti modifiche al piano economico-finanziario;

- dell'indicazione dei criteri di valutazione, a norma del comma 4 e dell'art. 83;

- del termine di presentazione delle offerte, stabilito in relazione alla complessità dell'intervento e comunque non inferiore a novanta giorni;

- dei requisiti che devono possedere i candidati in conformità alle previsioni del Codice e del Regolamento.

3. Le offerte devono contenere:

- a) lo studio di inquadramento territoriale ed ambientale, lo studio di fattibilità ed il progetto almeno preliminare del lavoro da eseguire, ove non già redatto dal soggetto aggiudicatore e fatto proprio in tutto o in parte dall'offerente, nonché la specificazione dettagliata delle modalità tecniche ed economiche della gestione proposta;

- b) lo schema di contratto proposto;

- c) la indicazione della durata della concessione, delle tariffe da praticare all'utenza, della stima del valore dell'opera alla scadenza della concessione, delle modalità, procedure ed elementi economici necessari a valutare il costo di eventuali varianti al progetto e la conseguente modifica al piano economico-finanziario;

- d) il piano economico-finanziario, asseverato ai sensi del comma 4;

- e) l'impegno di un soggetto abilitato a rilasciare la cauzione definitiva di buon adempimento ove il soggetto risulti aggiudicatario;

- f) il corrispettivo spettante per il progetto preliminare nonché l'elenco delle altre spese sostenute e degli impegni di spesa assunti per la presentazione della offerta, e la relativa documentazione.

4. Il piano economico-finanziario deve essere asseverato da un istituto di credito, da una società di servizi costituita da un istituto di credito ed iscritta nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966. L'asseverazione del piano economico-finanziario non costituisce impegno del soggetto asseverante a finanziare la realizzazione dell'opera. L'asseverazione attesta che il piano economico-finanziario è correttamente redatto, sulla scorta dei dati di base, con par-

ticolare riferimento al costo delle opere e della gestione ed ai ricavi della gestione, dichiarati dal promotore e non soggetti al controllo dell'asseverante; attesta altresì che, sulla base delle condizioni del mercato al momento della presentazione della proposta e subordinatamente al riscontro dei dati di base, l'iniziativa proposta è idonea ad acquisire i necessari finanziamenti.

5. Le Amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte sulla base dei criteri indicati dal bando, nell'ambito di quelli di seguito elencati:

- a) la qualità tecnica dell'opera proposta;
- b) le condizioni economiche della offerta, sotto il profilo del costo per l'Amministrazione aggiudicatrice e dell'eventuale costo per gli utenti;
- c) il contenuto dello schema di contratto preposto;
- d) la validità del piano economico-finanziario;
- e) il tempo proposto per la realizzazione dell'opera e per la successiva partecipazione tecnica o economica alla gestione;
- f) altri criteri pertinenti la natura, l'oggetto e le caratteristiche del lavoro da realizzare.

6. Sulla scorta dei criteri di cui al comma 5, la realizzazione e gestione dell'intervento è provvisoriamente aggiudicata all'offerta più vantaggiosa e l'offerente è individuato quale promotore.

7. Dopo l'aggiudicazione provvisoria, il progetto presentato o fatto proprio dal promotore, è sottoposto ad approvazione ai sensi dell'articolo 97, ovvero secondo le disposizioni del successivo Capo IV.

8. Approvato il progetto preliminare, l'Amministrazione aggiudicatrice chiede al promotore l'adeguamento dell'offerta al progetto preliminare approvato e negozia in via definitiva le condizioni contrattuali.

All'esito positivo del negoziato l'amministrazione aggiudicatrice pronuncia l'aggiudicazione definitiva.

9. Qualora il progetto presentato dal promotore sia ritenuto non approvabile, ovvero siano richieste modifiche sostanziali allo stesso, ovvero ancora qualora il definitivo negoziato con il promotore abbia esito negativo, l'Amministrazione aggiudicatrice acquista il progetto del promotore così come modificato a seguito della fase approvativa, pagandone il corrispettivo e ponendolo a base di una gara da esperirsi con le modalità di cui all'articolo 143.

10. Nel caso di cui al comma 9, ove risulti affidatario della concessione soggetto diverso dal promotore, quest'ultimo, laddove abbia partecipato alla relativa gara, ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese ed impegni di spesa di cui al comma 2, dedotto quanto eventualmente già pagato dall'Amministrazione aggiudicatrice per il progetto preliminare.

11. L'offerta nella procedura di cui al comma 9 è garantita dalla cauzione di cui all'articolo 75. Il soggetto aggiudicatario è tenuto a prestare la cauzione definitiva di cui all'articolo 113. Essa è sostituita, dalla data di inizio dell'esercizio del servizio da parte del concessionario, con una cau-

zione a garanzia dell'esatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 113. La mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale.

12. In alternativa alla procedura di cui ai commi che precedono, le Amministrazioni aggiudicatrici possono pubblicare un bando conforme alla previsione del comma 2 precisando che la procedura, conforme alle previsioni dei commi 3, 4 e 5 non comporterà la aggiudicazione provvisoria al promotore prescelto, ma la attribuzione allo stesso del diritto di essere preferito al migliore offerente individuato con le modalità di cui alle successive lettere del presente comma, ove il promotore prescelto intenda adeguare la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa. In tal caso, successivamente alla individuazione del promotore l'amministrazione aggiudicatrice dovrà:

a) provvedere alla approvazione del progetto preliminare in conformità al comma 7;

b) bandire una gara da aggiudicarsi con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 83 comma 1, ponendo a base il progetto approvato e le condizioni economiche e contrattuali offerte dal promotore eventualmente adeguate nei limiti strettamente necessari, delle modifiche introdotte con l'approvazione al progetto del promotore;

c) ove non siano state presentate offerte economicamente più vantaggiose di quella del promotore, il contratto è aggiudicato a quest'ultimo se ha partecipato all'ulteriore gara;

d) il promotore se ha partecipato all'ulteriore gara, può, entro quarantacinque giorni dalla comunicazione dell'Amministrazione aggiudicatrice, adeguare la propria offerta a quella del migliore offerente, aggiudicandosi il contratto. In questo caso l'Amministrazione aggiudicatrice rimborsa al migliore offerente, a spese del promotore, le spese sostenute e gli impegni di spesa assunti per la partecipazione alla gara, purché documentati, nella misura massima del 2,5%;

e) ove il promotore non adegui tempestivamente la propria offerta a quella del miglior offerente individuato in gara, quest'ultimo è dichiarato aggiudicatario del contratto e l'Amministrazione aggiudicatrice rimborsa al promotore, a spese dell'offerente, le spese sostenute e gli impegni di spesa assunti, purché documentati, nella misura massima del 2.5%;

f) alla ulteriore gara di cui alla lettera b) si applicano le disposizioni di cui al comma 11.

13. Il presente articolo e il successivo articolo 154 si applica a qualsiasi operazione di Partenariato. Pubblico Privato».

«Articolo 154.

(Procedura ad iniziativa privata)

1. Per i lavori pubblici o di pubblica utilità ricompresi nell'elenco di cui all'art. 153, comma 1, per i quali le amministrazioni aggiudicatrici non abbiano pubblicato il bando di cui all'articolo 153, comma 2, nel termine ivi previsto ovvero per i lavori pubblici o di pubblica utilità ricompresi nella programmazione triennale e non inclusi nell'elenco di cui all'art. 153, comma 1, ovvero ancora per il caso in cui l'elenco stesso non sia stato pubblicato, gli operatori economici possono presentare una domanda di affidamento corredata:

- dai documenti che attestino il possesso dei requisiti previsti dal Codice e dal Regolamento;

- da una cauzione provvisoria della entità prevista all'art. 75 comma 2 rapportata all'importo presunto del lavoro, come individuato nella programmazione;

- da una relazione attestante le possibili modalità di gestione economica del lavoro pubblico o di pubblica utilità vigente;

- dalla indicazione dell'impegno finanziario massimo, riducibile in sede di gara, richiesto a carico dell'Amministrazione aggiudicatrice nella fase di realizzazione e/o di gestione dell'opera;

- dalla indicazione delle spese sostenute per la presentazione della domanda nel limite massimo dell'1% del costo presunto del lavoro.

2. Ricevuta la domanda di affidamento e verificata la sussistenza dei requisiti, le Amministrazioni aggiudicatrici possono, alternativamente:

- respingere motivatamente la domanda;

- procedere a bandire la gara ai sensi dell'art. 153, comma 12, invitando alla stessa il soggetto che ha presentato la domanda. In caso di mancata partecipazione di quest'ultimo alla gara, l'Amministrazione aggiudicatrice escute la fideiussione prestata.

3. Ove l'Amministrazione aggiudicatrice non provveda ai sensi del comma 2 entro 6 mesi dalla ricezione della domanda di affidamento, ovvero entro diverso termine concordato per iscritto con il presentatore della domanda stessa, nel caso di progetto urbanisticamente conforme, è tenuta a rimborsare a quest'ultimo tutte le spese documentate sostenute per lo studio e la presentazione della domanda nel limite massimo del 0,10% del costo presunto del lavoro così come indicato nella domanda stessa. Il responsabile del ritardo ne risponde sia sul piano disciplinare sia a titolo di danno erariale».

«Articolo 155.

(Programmazione)

1. I soggetti pubblici e privati possono collaborare alla programmazione dei lavori pubblici di cui all'articolo 128 nonché gli altri strumenti di programmazione presentando alle Amministrazioni aggiudicatrici proposte d'intervento e studi di fattibilità. Tale presentazione non determina, in capo alle Amministrazioni aggiudicatrici, alcun obbligo di esame e valutazione; ove queste ultime adottino, nell'ambito dei propri programmi, proposte di intervento o studi presentati da soggetti pubblici o privati, tale adozione non determina alcun diritto del presentatore al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti.

2. I programmi di lavori pubblici devono essere resi noti mediante la pubblicazione di un avviso sul profilo di committente delle Amministrazioni aggiudicatrici nonché sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7, entro trenta giorni dalla approvazione. L'avviso deve rendere nota la lista dei lavori inseriti nel programma e l'ammontare presunto della spesa per ciascuno di essi.

3. 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. Le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono presentare studi di fattibilità o proposte di intervento, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici, di cui al presente Capo».

All'articolo 1, lettera z) è aggiunta la seguente:

z2) La disciplina recata dagli articoli 153 e 154 del codice, come sostituiti dal presente decreto, si applica alle procedure i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati dopo l'entrata in vigore del presente decreto; in sede di prima applicazione della nuova disciplina, il termine di centoottanta giorni di cui comma 2 decorre dall'entrata in vigore del presente decreto.

Modifiche conseguenti alla
nuova finanza di progetto

In ragione delle modifiche introdotte all'art. 1 lett. z) dello schema governativo occorre altresì adeguare l'art. 1 lett. dd2) dello schema medesimo relativo alle modifiche dell'art. 175 del Codice.

Art. 1 lett. dd2) nel comma 2 le parole «dei soggetti di cui all'articolo 153, comma 2», sono sostituite con le parole «degli operatori economici».

Per effetto delle modifiche introdotte all'art. 1 lett. z) dello schema governativo, l'art. 1 lett. aa) dello schema governativo medesimo è così modificato:

«aa) nell'articolo 156, comma 1, le parole «anche alla gara di cui all'articolo 155» sono sostituite con le parole «anche alle gare di cui agli articoli 153 e 154».

2.1 *Partenariato Pubblico Privato*

L'art. 2 dello schema governativo introduce alcune ulteriori modifiche correttive al Codice. A tali interventi modificativi ed integrativi è opportuno inserirne di ulteriori, per recepire all'interno del Codice la figura del Partenariato Pubblico Privato e quindi non una specifica forma negoziale, bensì una modalità di azione delle amministrazioni aggiudicatrici, prevista in sede comunitaria, che ha la finalità di valorizzare l'intervento privato nella realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità utilizzando di volta in volta l'istituto giuridico più idoneo.

Giova evidenziare che le operazioni di Partenariato Pubblico Privato consentono di collocare l'intero ammontare dell'intervento al di fuori del perimetro del debito pubblico, con effetti estremamente positivi sul rispetto degli altri impegni assunti dallo Stato Italiano in sede comunitaria in ordine ai limiti massimi di indebitamento ammissibili.

In tal senso si è espressa l'Eurostat con la decisione dell'11 febbraio 2004.

Conseguentemente nell'art. 2, comma 1, lett. a) dello schema di governo va aggiunto:

nell'articolo 3 del codice, dopo il comma 15-bis, va inserito il seguente 15-ter.

«I contratti di partenariato pubblico privato sono contratti di lunga durata aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con trasferimento al privato di rischi solitamente a carico dell'amministrazione pubblica. Rientrano tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Rientra altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 44, comma 1bis del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, aggiunto dalla legge di conversione 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti della decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004».

Per necessaria coerenza all'art. 2, comma 1 dello schema di governo, anteporre alla lettera aa) la seguente:

Art. 2 lett. o.aa) all'articolo 143, comma 9 è aggiunto alla fine il seguente periodo «In tal caso il corrispettivo spettante al concessionario per la realizzazione dell'opera viene ad esso corrisposto dal concedente, in tutto o in parte, quale compenso per la gestione e messa a disposizione dell'opera realizzata allo stesso concedente ovvero a terzi utenti, con conseguente trasferimento al concessionario del rischio di costruzione e del rischio di disponibilità dell'opera realizzata».

Dopo la lett. aa) va inserita la seguente lettera aabis).

Art. 2 lett. aabis) all'art. 176, comma 2) è aggiunta la seguente lettera «h) la gestione operativa e/o la manutenzione delle opere da realizzare».

2.2 Qualificazione e Autorità di Vigilanza

La previsione dell'art. 2 lett. g.4 dello schema governativo attribuisce all'Autorità di vigilanza poteri sanzionatori nei confronti degli operatori economici che non rispondono a richieste di informazioni o atti da parte dell'Autorità.

Trattasi di un potere sanzionatorio eccessivamente indeterminato nei suoi contenuti che necessita di una più definitiva perimetrazione circa la rilevanza e/o la necessità delle richieste dell'Autorità.

L'intera materia dovrà trovare regolamentazione nella nuova disciplina della Autorità in corso di elaborazione.

L'art. 2 lett. g.4 dello schema governativo deve essere eliminato, con conseguente rinumerazione delle successive lettere.

2.3 Prezzo a corpo

Devono essere meglio chiarite le modalità di applicazione del prezzo a corpo, che, con le modifiche apportate all'art. 53, comma 4, del Codice dall'art. 2 lett. i dello schema governativo diviene sostanzialmente l'unica modalità di pagamento del prezzo.

Conseguentemente all'art. 2 lett. i) dello schema governativo deve essere aggiunto:

«e al terzo periodo dopo le parole «non può essere modificato» devono inserirsi le parole «in aumento o in diminuzione».

2.4 Tipi contrattuali

Alla luce delle novità progressivamente introdotte con i precedenti decreti correttivi al Codice, e con il prossimo in corso di emanazione, occorre correggere il comma 1 dell'art. 53 del Codice, che tipizza in modo limitativo le tipologie contrattuali utilizzabili per la realizzazione di opere pubbliche.

Occorre poi considerare anche l'ipotesi che opere pubbliche possano formare oggetto di donazione da parte di soggetti privati (si pensi alle fondazioni).

In tal caso, posto che il contratto di donazione non comporta un corrispettivo o contributo per l'amministrazione aggiudicatrice, da un lato il contratto stesso è necessariamente sottratto alle previsioni del Codice ed altrettanto lo sono le attività poste in essere dal privato per realizzare l'opera donata.

Conseguentemente all'art. 2, lett. i) deve essere introdotta una ulteriore del seguente tenore:

art. 2 lett. 0.i.1): il comma 1 dell'art. 53 è così sostituito:

«Fatto salvo il contratto di donazione, i lavori pubblici possano essere realizzati esclusivamente con le tipologie negoziali regolate dal Codice».

Art. 2 lett. m): inserire la seguente lettera m3:

m. 3): l'art. 91 comma 8 è abrogato.

2.5 Verifica delle offerte anomale

Per una più sollecita definizione delle procedure di gara deve essere consentito alle Amministrazioni aggiudicatrici di procedere alla verifica dell'eventuale anomalia delle offerte anormalmente basse non in successione, bensì contemporaneamente, ove lo ritengano opportuno.

Conseguentemente l'art. 2 lett. l.2) dello schema governativo deve essere così sostituito

art. 2 lett. l.2): al comma 7

le parole «se la esclude», sono sostituite con le parole «se la ritiene anomala» e alla fine sono inseriti i seguenti periodi: «in alternativa la stazione appaltante può sottoporre a contemporanea verifica le migliori offerte non oltre la quinta. All'esito del procedimento di verifica la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile, e dichiara l'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala».

2.6 Attività di ingegneria

L'art. 2 lett. m) dello schema governativo introduce modifiche all'art. 91 del Codice in materia di affidamenti di attività di ingegneria.

Peraltro il comma 8 dello stesso art. 91 contiene una individuazione tipizzata delle modalità con cui le amministrazioni aggiudicatrici possono acquisire attività di progettazione, escludendo – per esemplificare – il caso di donazioni effettuate da soggetti privati (si veda la sentenza 7.3.2008 n. 1008 della Sesta Sezione del Consiglio di Stato).

Per non impedire tali possibilità, che si risolvono in un beneficio per le amministrazioni aggiudicatrici, è necessario abrogare il comma 8 dell'art. 91.

Conseguentemente all'art. 2 lett. m) dello schema governativo deve essere introdotta la lettera m3).

art. 2 lett. m3) l'articolo 91, comma 8, è abrogato.

2.7 Subappalto

In ragione di quanto disposto in merito all'art. 37 del Codice con il presente parere, deve essere eliminato l'art. 2, lett. R.2 dello schema governativo.

2.8 Cessione dei crediti

Lo schema governativo prolunga a 45 giorni (dagli originari 15) il tempo assegnato alle amministrazioni aggiudicatrici per l'opposizione alle cessioni di credito effettuate dagli appaltatori.

Considerata la frequenza di tali operazioni, la cui funzionalità costituisce elemento corrente dell'attività di impresa, il prolungamento del termine appare dannoso e conseguentemente si propone la soppressione della modifica governativa.

2.9 Collaudo

La modifica all'art. 120 del Codice operata dallo schema governativo, pur opportuna, deve essere integrata recuperando il principio della competenza ed esperienza tecnica in capo ai dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici incaricati delle attività di collaudo.

Tale principio si è infatti fortunatamente attenuato nelle previsioni normative per effetto degli interventi effettuati sulla norma a seguito del parere del Consiglio di Stato.

Pertanto l'art. 2 lett. s) dello schema governativo deve essere così sostituito:

art. 2 lett. s) nell'articolo 120 dopo il comma 2 è inserito il comma 3:

«3. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, l'affidamento dell'incarico di collaudo o di verifica di conformità, in quanto attività propria delle stazioni appaltanti è conferito dalle stesse, a propri dipendenti o a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici, che siano tecnici aventi elevata e specifica qualificazione con riferimento all'oggetto del contratto, alla complessità e all'importo delle prestazioni, sulla base dei criteri da fissare preventivamente, nel rispetto dei principi di rotazione e trasparenza; il provvedimento che affida l'incarico a dipendenti della stazione appaltante o di amministrazioni aggiudicatrici motiva la scelta indicando gli specifici requisiti di competenza ed esperienza, desunti dal curriculum dell'interessato e da ogni altro elemento in possesso dell'amministrazione. Nell'ipotesi di carenza di organico all'interno della stazione appaltante di soggetti in possesso dei necessari requisiti, accertata e certificata dal responsabile del procedimento, ovvero di difficoltà a ricorrere a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici con competenze specifiche in materia, la stazione appaltante affida l'incarico di collaudatore ovvero di presidente o

componente della commissione collaudatrice a soggetti esterni scelti secondo le procedure e con le modalità previste per l'affidamento dei servizi; nel caso di collaudo di lavori l'affidamento dell'incarico a soggetti esterni avviene ai sensi dell'articolo 91. Nel caso di interventi finanziati da più amministrazioni aggiudicatrici, la stazione appaltante fa ricorso prioritariamente a dipendenti appartenenti a dette amministrazioni aggiudicatrici sulla base di specifiche intese che disciplinano i rapporti tra le stesse».

2.10 Termini di adempimento, penali e prezzi

L'art. 2 lett. x) dello schema governativo interviene sull'art. 133 del Codice.

Relativamente a tale norma è opportuno prevedere normativamente scansioni di pagamento per attività propedeutiche all'effettivo inizio dei lavori (attività di progettazione, cantierizzazione etc.) il cui differimento nel tempo è in grado di incidere sul costo dell'opera e quindi sul prezzo che le amministrazioni aggiudicatrici sono chiamate a pagare.

Oltretutto una previsione normativa in tal senso è in grado di omogeneizzare le situazioni contrattuali sull'intero territorio nazionale a tutela della concorrenza.

In tale contesto è necessario altresì prevedere un pagamento dei materiali anticipatamente acquistati dagli operatori economici al fine di contrastare gli effetti dei fenomeni speculativi sul mercato che si trasferirebbero inevitabilmente sul costo dell'opera.

Conseguentemente all'art. 2 lett. x) dello schema governativo deve essere introdotta la lettera x3.

art. 2 lett. x3) nell'articolo 133, al comma 1 è premesso il seguente:

«0. Fermi i vigenti divieti di anticipazione del prezzo, i contratti di appalti prevedono:

a) le modalità e i tempi di cantierizzazione dei lavori e, negli appalti di progettazione ed esecuzione, quelli per lo sviluppo e l'approvazione del progetto esecutivo;

b) le modalità e i tempi per il pagamento dei ratei del corrispettivo dovuti all'esecutore per le prestazioni compiute prima dell'inizio dei lavori, pertinenti le attività progettuali e le prestazioni di cui alla lettera a);

c) le modalità e i tempi dei pagamenti successivi all'inizio dell'esecuzione dei lavori, sulla base dell'andamento dei lavori regolarmente eseguiti;

d) le modalità e i tempi di pagamento dei materiali da costruzione, previa presentazione da parte dell'esecutore di fattura o altro documento comprovante il loro acquisto nella tipologia e quantità necessaria per l'esecuzione del contratto e la loro destinazione allo specifico contratto, limitatamente ai materiali da costruzione di cui sia prevedibile un sensibile aumento dei costi nell'anno successivo, individuati con decreto del Ministro delle infrastrutture entro il mese di gennaio di ciascun anno».

2.11 Determinazione dei prezzi a base di gara delle prestazioni professionali

L'art. 89 del codice indica i criteri di base per determinare i prezzi a base degli appalti e, conseguentemente per verificare la congruità dei prezzi in sede di offerta.

La norma contiene una lacuna perchè non indica i criteri da utilizzare per determinare il prezzo a base di gara quando vengono conferiti incarichi professionali (progettazione e simili). La norma, invero. È stata formulata prima delle liberalizzazioni introdotte dal primod.l Bersani (n. 223/2006), in un contesto in cui la versione originaria del codice imponeva il rispetto dei minimi tariffari.

Venuta meno tale regola per effetto dell'art. 2, d.l. n. 223/2006, e apportate già le correzioni al codice con i precedenti correttivi è rimasta tuttavia una lacuna.

La regola che viene dettata viene mutata testualmente dall'art. 2 d.l. n. 223/2006 e va riprodotta nel codice essendo l'art. 89 la sede adeguata.

2.12 Lavoro irregolare

Nel comma 6-bis dell'art. 118 del codice, come novellato dalla lettera r.4 dell'art.2 dello schema di correttivo, va eliminato il riferimento all'art. 1, commi 1173 e 1174 della l.n. 296/2006, trattandosi di disposizioni abrogate dall'art. 39, comma. 10, lett. N. del decreto-legge n. 112/2008.

Pertanto,

l'art. 2, lett r.4) dello schema governativo va così sostituita:

r.4) il comma 6 bis è così sostituito: 6 bis. Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare, il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato. Tale congruità per i lavori è verificata dalla Cassa Edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del Lavoro, del lavoro, della salute e delle politiche sociali.

2.13 Requisiti di qualificazione per le gare di progettazione

La modifica suggerita con ii.4 mira ad estendere il periodo temporale da prendere in considerazione per dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione. Analoga norma è già contenuta nello schema di correttivo per gli esecutori dei lavori alla lettera ii.3. Ragioni di equità, e di analoga crisi del settore, impongono di dettare analogo regime per gli incarichi di progettazione e simili.

La modifica suggerita con ii.5) ha una duplice finalità.

Da un lato riporta all'attualità una norma che è ancorata alla data della l. n. 415/1998 (Merloni ter), ma che è norma di regime.

Dall'altro lato, mira ad incentivare le società di ingegneria neocostituite, ampliando il periodo per il quale possono provare i requisiti di qualificazione con riferimento ai requisiti dei soci e dipendenti. Il periodo temporale viene portato da tre a cinque o dieci anni, pur omogeneizzandolo al periodo temporale di riferimento per i requisiti di partecipazione alle gare di progettazione.

Pertanto,

dopo l'art. 2, lett. li.3 inserire le seguenti:

ii.4) dopo il comma 9 bis è inserito il seguente 9 ter. In relazione all'articolo 91 in relazione ai requisiti minimi per la partecipazione alle procedure di affidamento degli incarichi, previsti dal regolamento, fino al 31 dicembre 2010 è consentito dimostrare il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria con riferimento ai migliori tre anni del quinquennio precedente o ai migliori cinque anni del decennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara.

ii.5) Nell'art. 253, comma 15, sostituire le parole «costituite dopo la data di entrata in vigore dalla legge 18 novembre 1998, n. 415, per un periodo di tre anni dalla loro costituzione della società per i requisiti economico-finanziari, ovvero di dieci anni dalla predetta data in caso di requisiti tecnico-professionali relativi a lavori progettati,» e aggiungere dopo le parole «con riferimento ai requisiti» le parole della struttura trasformata in società, ovvero anche».

2.14 Subentro e modifiche alle norme di finanziamento privato

Sempre nella logica di rendere maggiormente fruibile agli operatori economici i mercati finanziari per il reperimento di risorse private da utilizzare nella realizzazione di opere pubbliche, nelle diverse forme di Partenariato Pubblico Privato è necessario:

(i) ridisciplinare l'istituto del subentro regolato dall'art. 159 del Codice;

(ii) rendere più flessibili e meglio garantite le operazioni finanziarie al fine di superare le ancora preesistenti difficoltà al reperimento delle risorse.

Pertanto all'art. 2 dello schema governativo deve essere introdotta una nuova lettera che interviene sull'articolo 159 come segue:

art. 2 lett.0.aa. L'art. 159 è così modificato:

1) al comma 1 dopo le parole «risoluzione designando» sono eliminate le seguenti parole «entro novanta giorni dalla comunicazione scritte da parte del concedente dell'intenzione di risolvere il rapporto».

2) al comma 1 è aggiunto il seguente comma 1-bis:

«1-bis - La designazione di cui al comma 1 deve intervenire entro il termine individuato nel contratto o, in mancanza assegnato dall'Amministrazione aggiudicatrice nella comunicazione scritta agli enti finanziatori della intenzione di risolvere il contratto; gli enti finanziatori possono al-

tresi proporre al concedente, che ha facoltà di accettare, la sostituzione dell'affidatario in qualsiasi caso di difficoltà di adempimento dell'affidatario stesso»

3) al comma 2 è aggiunto, alla fine, il seguente periodo:

«Sino alla emissione del decreto, criteri e modalità possono essere fissati dalle parti nel contratto».

4) dopo il comma 2, è aggiunto il seguente comma:

«3. Il presente articolo si applica alle Società di progetto costituite per qualsiasi contratto di Partenariato Pubblico Privato».

Si propone inserire dopo l'articolo 160 del codice i seguenti articoli:

«Articolo 160-bis (Ambito di applicazione)

1. Le disposizioni degli articoli 160-bis, 160-ter, 160-quater e 160-quinquies si applicano alle società di progetto, che siano concessionarie o affidatarie di contratto di PPP o contraenti generali ai sensi dell'articolo 176, al fine di agevolarne il finanziamento da parte di banche o altri soggetti finanziatori.

2. Ai fini di cui al primo comma, per «finanziamento» si intende qualsiasi forma di indebitamento finanziario, ivi inclusi linee di credito, emissioni obbligazionarie, nominative o al portatore, o altri strumenti finanziari, nonché i contratti di copertura dei rischi di tasso e valuta stipulati dalla società di progetto in relazione al finanziamento del progetto stesso.

Articolo 160-ter (Cessione dei crediti in garanzia)

1. Tutti i crediti della società di progetto, presenti e futuri, ivi inclusi quelli verso la Stazione Appaltante ed altre pubbliche amministrazioni, possono essere costituiti in pegno o ceduti in garanzia dalla società a banche o altri soggetti finanziatori, senza necessità di consenso del debitore ceduto, anche quando non siano ancora liquidi ed esigibili.

Articolo 160-quater (Privilegio generale)

1. I crediti dei soggetti che finanziano una società di progetto hanno privilegio generale su tutti i beni mobili, materiali e immateriali, presenti e futuri, anche a consistenza variabile, e sui crediti della società, presenti e futuri.

2. Il privilegio, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto. Nell'atto devono essere esattamente identificati la società di progetto, i creditori privilegiati, il loro rappresentante comune, l'ammontare in linea capitale del finanziamento, la sua durata ed i documenti costitutivi del credito. Una copia originale dell'atto, con allegata copia, a seconda del caso, del contratto di finanziamento o delibera di emissione e regolamento del prestito obbligazionario o altro atto costitutivo del credito, deve essere depositata presso il registro delle imprese dove è registrata la società di pro-

getto. Il privilegio è efficace dalla data di iscrizione nel registro delle imprese. A margine della iscrizione devono essere annotate: le eventuali cessioni del credito privilegiato, con l'identificazione dei nuovi creditori privilegiati; le modifiche delle condizioni del finanziamento; le sostituzioni del rappresentante comune; la eventuale cristallizzazione del vincolo, di cui al comma 5. Dalla data della iscrizione decorrono i termini di cui all'articolo 67 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e all'articolo 2903 del codice civile. Il termine di cui al predetto articolo 2903 è ridotto ad un anno per il privilegio previsto dal presente articolo. Nel caso di emissioni obbligazionarie, per creditore privilegiato si intende la massa indistinta degli obbligazionisti, rappresentata dal rappresentante comune. Pertanto, non sono richieste annotazioni relative alla circolazione delle obbligazioni.

3. Il privilegio previsto dal presente articolo si colloca nel grado indicato nell'articolo 2777, ultimo comma, del codice civile, prima del privilegio speciale previsto dall'articolo 46 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e non pregiudica gli altri titoli di prelazione di pari grado con data certa anteriore a quella della iscrizione.

4. Fatto salvo quanto previsto al comma 3, i beni soggetti al privilegio di cui al presente articolo non possono essere assoggettati ad altre forme di prelazione, né possono essere pignorati in pregiudizio dei creditori privilegiati.

5. Fatto salvo quanto previsto al comma 4, la società di progetto può disporre liberamente dei beni soggetti al privilegio fino alla data di annotazione della cristallizzazione del privilegio nel registro delle imprese da parte del rappresentante comune dei creditori privilegiati. La cristallizzazione del privilegio può essere annotata solo nei casi di inadempimento e nelle altre circostanze previste nei documenti e nelle scritture di cui al comma 2. L'annotazione ha efficacia costitutiva. Dalla data di annotazione della cristallizzazione del privilegio, qualsiasi atto di disposizione dei beni soggetti allo stesso è subordinato all'approvazione del rappresentante comune dei creditori privilegiati.

6. Il privilegio previsto dal presente articolo può essere esercitato in pregiudizio dei diritti acquistati da terzi posteriormente alla data di annotazione della cristallizzazione del privilegio, anche in deroga al disposto degli articoli 2747 e 2913 del codice civile. Nell'ipotesi in cui non sia possibile far valere il privilegio nei confronti del terzo acquirente, il privilegio si trasferisce sul corrispettivo.

7. La iscrizione e le annotazioni del privilegio, nonché l'esercizio dei diritti relativi allo stesso, sono effettuati dal rappresentante comune dei creditori privilegiati, nominato in conformità alle disposizioni del contratto di finanziamento e che risulta dalla iscrizione o dalle successive annotazioni. Gli effetti si producono pro quota direttamente in capo ai creditori privilegiati.

8. I soggetti che finanziano una società di progetto, anche attraverso l'organizzazione di una emissione obbligazionaria, possono rinunciare al privilegio di cui al presente articolo.

Articolo 160-quinquies (Capitale sociale delle società di progetto)

1. In deroga agli articoli 2446 e 2447 del codice civile, quando risulta che il capitale di una società di progetto è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, gli amministratori sono tenuti a convocare l'assemblea solamente nel caso in cui non sia stato rispettato il piano economico-finanziario concordato con le banche finanziatrici all'epoca del finanziamento.

2. Fintanto che esista un finanziamento garantito dal privilegio generale o la società versi nella situazione di cui al comma 1, la denominazione sociale della società di progetto deve contenere l'indicazione: «Società di progetto». Al mutamento della denominazione sociale provvedono gli amministratori».

Conseguentemente l'attuale articolo 160-bis del Codice (Locazione finanziaria di opere pubbliche) assume la numerazione di articolo 160-sexies.

2.14-bis Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità

L'articolo 2, lettera cc) dello schema governativo introduce alcune sensibili novità all'istituto della locazione finanziaria di opere pubbliche, principalmente finalizzate ad assicurare che la realizzazione delle opere stesse venga eseguita da soggetti qualificati.

Pertanto tali modifiche non paiono persuasive, posto che continuano a lasciare alla società di *leasing* ampi margini di discrezionalità sui contenuti delle attività realizzative da affidare a terzi (in tal caso, per esemplificare, la lettera cc1).

Occorre invece che le amministrazioni aggiudicatrici che ricorrono a tale innovativo istituto abbiano certezza dell'interlocutore che realizzerà l'opera pubblica da acquisire in locazione finanziaria in ordine alla sua capacità ed esperienza.

Ciò consentirà alle amministrazioni stesse di operare con maggiore certezza di risultato.

Pertanto all'articolo 2 le lettere cc1) e cc2) dello schema governativo devono essere così sostituite:

Art. 2 cc1): al comma 2 sono aggiunti i seguenti periodi:

«il bando indica altresì i requisiti che il soggetto realizzatore deve possedere in conformità al decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 e successive modificazioni. Ove non ricorra il caso di cui al comma 3, l'offerente deve indicare in sede di offerta il soggetto realizzatore ed i requisiti da questo posseduti».

Art. 2 cc2): dopo il comma 4 sono inseriti i seguenti commi:

«4-bis. Nel caso in cui l'offerente sia un contraente generale, di cui all'articolo 162, comma 1, lettera g) esso può partecipare anche ad affida-

menti relativi alla realizzazione, all'acquisizione ed al completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità non disciplinati dalla parte II, titolo III, capo IV, se in possesso dei requisiti determinati dal bando o avvalendosi delle capacità di altri soggetti.

4-ter. La stazione appaltante pone a base di gara un progetto di livello almeno preliminare. L'aggiudicatario provvede alla predisposizione dei successivi livelli progettuali ed all'esecuzione dell'opera.

4-quater. L'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria può seguire il regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizie ed espropriativi; l'opera può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario».

2.15 Controversie

Il terzo decreto correttivo non può non tenere conto, delle previsioni dell'art. 3, commi 19, 20 e 21 della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (Legge Finanziaria 2008) in materia di risoluzione delle controversie relative ai contratti con le amministrazioni aggiudicatrici aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi.

Su tale modifica legislativa è poi intervenuto prima l'art. 13, comma 1, del D.L. 31.12.2007 n. 248, (convertito con modificazioni nella legge n. 31 del 2008) con la previsione della devoluzione di tali controversie alle sezioni specializzate di cui all'art. 1 del D.Leg.vo 27.6.2003 n. 168 e quindi recentemente il D.L. 30.6.2008 n. 113 contenente la proroga dei termini per l'attuazione di tale innovativa competenza in materia.

E' evidente che dal momento della sua applicazione la nuova disciplina per la risoluzione delle controversie nei contratti pubblici non potrà che interessare l'intero settore, senza alcuna eccezione, per uniformare il trattamento di tutte le situazioni contenziose aventi la medesima origine.

Ciò comporta la necessità di abrogare sin d'ora l'intero secondo periodo dell'art. 253, comma 34, lett. d) del D.Leg.vo n. 163 del 2006 da «E' fatto salvo» sino a «legge 8 aprile 2003 n. 15», per consentire l'immediata ed omogenea applicazione della nuova disciplina anche a tali residue situazioni (relative alle controversie attinenti ad opere pubbliche destinate alla ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali) rimaste escluse dal generale effetto abrogativo del primo periodo della medesima norma.

Conseguentemente occorre operare una modifica ulteriore allo schema governativo del seguente tenore: «Il secondo periodo dell'art. 253, comma 34, lett. d) del D.Leg.vo 12 aprile 2006 n. 163 è abrogato. Sono conseguentemente abrogati l'art. 3, comma 2, del decreto legge 11 giugno 1998 n. 180 convertito dalla legge 8 agosto 1998 n. 267 e l'art. 1, comma 2 – quater del decreto legge 7 febbraio 2003 n. 15, convertito dalla legge 8 aprile 2003 n. 15».

2.16 Possibilità di recesso

La prassi applicativa della finanza di progetto nel settore delle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale ha dimostrato che i tempi di procedura possono essere estremamente dilatati. Viene quindi proposta la possibilità dei soggetti che hanno presentato la proposta in Pf di uscire dalla compagine dei proponenti, affinché gli operatori economici non restino vincolati da un rapporto giuridico per tempi indefiniti.

Le stazioni appaltanti sono comunque garantite dal fatto che la residua parte della compagine dei proponenti possiede i necessari requisiti per la qualificazione.

Pertanto, si propone all'art. 75 del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 dopo il comma 5 di aggiungere il seguente comma:

I soggetti che hanno presentato le proposte possono recedere dalla composizione dei proponenti in ogni fase della procedura fino all'emissione del bando di gara purchè tale recesso non faccia venir meno la presenza dei requisiti per la qualificazione. In ogni caso, la mancanza dei requisiti in capo a singoli soggetti comporta l'esclusione dei soggetti medesimi senza inficiare la validità della proposta, a condizione che i restanti proponenti posseggano i requisiti necessari per la qualificazione.

2.17 Consorzi stabili

L'attuale normativa penalizza e discrimina l'accesso alle gare dei consorzi stabili rispetto alle altre forme associative.

Poichè si ritiene che l'istituto del consorzio stabile cada al contrario incoraggiato, si propone la modifica dell'art. 36 commi 5 e 6 del codice, suggerendo la seguente riformulazione:

Art. 36 comma 5: «I consorzi stabili sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio che il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del c.p. E' vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile.».

Art. 37 comma 7: «E' fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti. I consorzi di cui all'art. 34, comma 1 lettera b) sono tenuti ad indicare in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara: in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato.

2.18 Funzione di P.C.M.

L'istituto del P.C.M. (inteso come servizi di controllo del progetto e della sua realizzazione) è ampiamente utilizzato nei Paesi di origine anglosassone e nell'ambito generale della grande committenza privata, come strumento di supporto nella fase di gestione dell'appalto ed è ormai una realtà consolidata irrinunciabile laddove le Amministrazioni appaltanti non abbiano una struttura adeguata per controllare la realizzazione di un'opera complessa.

Per queste esigenze è opportuno quindi che anche in Italia si renda possibile l'utilizzo, attraverso procedure di scelta ad evidenza pubblica, di un fornitore di servizi ad hoc (società di ingegneria, o consorzio, od altro) che abbia le competenze, la struttura ecc. necessari.

Pertanto si suggerisce:

All'art. 10, aggiungere dopo il comma 9, il seguente comma:

2-bis Le stazioni appaltanti, qualora al loro interno non abbiano sufficienti competenze e risorse per lo svolgimento delle attività di controllo del progetto e della sua realizzazione (PCM), affidano tali attività a strutture di supporto adeguatamente qualificate e scelte con le procedure a evidenza pubblica previste dal presente Codice».

2.19 Divieti di arbitrati relativi a controversie relative all'esecuzione di opere pubbliche destinate alla ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali.

Il decreto-legge n. 180 del 1998 (convertito dalla legge n.267 del 1998), nel particolare settore delle controversie relative all'esecuzione di opere pubbliche destinate alla ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali (c.d. «legge Sarno»), ha imposto il divieto di arbitrato facendo salvi i lodi già emessi e le domande di arbitrato già notificate alla data di sua entrata in vigore.

La disciplina sul divieto ha poi conosciuto vicende tutt'altro che lineari: la legge n. 166 del 2002, intervenendo sull'art. 32 della c.d. legge Merloni, ha abrogato ogni disposizione (in primis, quella del decreto-legge n.180) che prevedesse limitazioni ai mezzi di risoluzione delle controversie in tema di lavori pubblici: successivamente, il decreto-legge n. 15 del 2003 (convertito dalla legge n.62 del 2003) ha reintrodotto il divieto nelle controversie da calamità.

L'art. 253 del codice dei contratti pubblici, nel confermare in sede di disciplina transitoria l'abrogazione di qualsiasi disposizione limitativa di mezzi di risoluzione delle controversie nell'intero settore, ha espressamente fatto salvo il disposto tanto nel decreto-legge n.180, quanto nel decreto-legge n.15.

Tale citato assetto normativo ha generato sino ad oggi (e per circa dieci anni) una oggettiva disparità di trattamento, tra arbitrati derivanti da calamità naturali e tutti gli altri arbitrati in materia di lavori pubblici.

L'abrogazione del divieto, pertanto, risponde ad una altrettanto oggettiva esigenza di unificazione della disciplina del contenzioso in materia di opere pubbliche che, oggi, anche alla luce della evoluzione normativa successiva alle norme da abrogare, non trova più ragione d'essere.

Nè il problema si pone sotto il profilo del contenimento della spesa pubblica e del costo degli arbitrati, in quanto recenti interventi legislativi hanno (D.M. n.398/2000 e la legge «Bersani») hanno istituito l'obbligo per i collegi arbitrali di attenersi ai meccanismi tariffari ivi indicati.

Pertanto si suggerisce l'inserimento nel codice di una norma come di seguito descritta:

«E' abrogato il disposto dell'art. 3 comma 2, del decreto legge 11 giugno 1998, n. 180. convertito dalla legge 3 agosto 1998, n.267 ed il disposto dell'art. 1, comma 2-quater, del decreto legge 7 febbraio 2003, n. 15, convertito dalla legge 8 aprile 2003, n. 62 come richiamati dall'art. 253 comma 34, punto d), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163».

2.20 Ulteriori modifiche all'articolo 3 del codice dei contratti pubblici «Definizioni»

Si propone di aggiungere all'articolo 3 del decreto legislativo n. 163 del 2006, al comma 27, in fine le seguenti parole: «Sono comunque escluse le fondazioni di diritto privato».