

A cura di Andrea Mascolini
(Dir. Uff. legale e legislativo OICE)

Nuovo decreto legislativo sugli appalti per i beni culturali

Nella riunione del 16 gennaio il Consiglio dei Ministri ha approvato il decreto legislativo che introduce alcune modificazioni nella disciplina degli appalti pubblici di lavori concernenti beni mobili ed immobili sottoposti alle disposizioni di tutela dei beni culturali e paesaggistici. Il provvedimento delinea un sistema ad hoc per questa tipologia di appalti, molto più flessibile di quello previsto per le opere ordinarie dalla legge 109/94.

Per la progettazione viene richiesta, nel progetto preliminare, la redazione di una scheda tecnica da parte di un restauratore di beni culturali, categoria che potrà risultare anche affidataria di incarichi, così come prevede peraltro già oggi la legge 109/94. Sarà poi il Ministero ad individuare convenzioni quadro per assicurare i dipendenti restauratori.

Si potrà prescindere spesso dalla progettazione esecutiva prima di andare in appalto, essendo di norma sufficiente il progetto definitivo, integrato dal capitolato speciale.

Proroga al 30 aprile 2004 delle attestazioni SOA

Il Governo ha approvato, il 22 dicembre 2003, il decreto legge sulla proroga dei termini (decreto 24.12.2003, n. 355). Fra le diverse proroghe contenute nel provvedimento di urgenza, vi è anche il differimento al 30 aprile 2004 del termine di scadenza delle attestazioni SOA che sarebbero decadute prima del 30 aprile. Lo scopo è quello di risolvere una situazione di impasse, o meglio, di vuoto normativo che si verrebbe a creare per tutte le attestazioni rilasciate dalle società organismi di attestazione (SOA) che risultano in scadenza nei prossimi mesi.

La norma si rende infatti necessaria dopo che la legge n.

166 del 2002 ha modificato la durata dell'efficacia della qualificazione dei soggetti esecutori di lavori pubblici da tre a cinque anni, con una verifica entro il terzo anno dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di capacità strutturale. La norma, tuttavia, per essere pienamente applicabile, ha bisogno di essere attuata attraverso un nuovo Dpr (si tratta del cosiddetto mini-regolamento Martinat) che ancora non è stato emanato.



Criteri di aggiudicazione bocciati, gara annullata

La Corte di Giustizia, con la sentenza del 4 dicembre scorso (causa C/448-01), ha affermato il principio per cui se il giudice amministrativo boccia i criteri di aggiudicazione previsti nel bando di gara, scatta automaticamente l'obbligo di annullare la gara d'appalto.

Dopo avere esaminato alcuni profili relativi alla legittimità dei criteri di aggiudicazione relativi ad una gara di fornitura di energia, la Corte europea ha stabilito che, in caso di riconoscimento da parte di un giudice nazionale dell'illegittimità dei criteri di aggiudicazione dell'appalto, l'amministrazione ha l'obbligo di procedere all'annullamento della gara e alla revoca del bando stesso.

Se ciò non avvenisse, afferma la Corte di Giustizia, ogni successiva ed eventuale variazione dei criteri influenzerebbe la valutazione delle offerte, mentre gli offerenti non avrebbero alcuna possibilità di adeguare l'offerta alle variazioni dei criteri.

Dopo la stipula del contratto non c'è invece alcun obbligo di rifare la gara e chi è stato illegittimamente privato dell'aggiudicazione dell'appalto ha diritto al solo risarcimento del danno.

Raggiunto l'accordo sulla direttiva unificata appalti

Il due dicembre 2003 il Comitato di conciliazione, che raggruppa i rappresentanti della Commissione europea, del Consiglio europeo e del Parlamento europeo, ha raggiunto l'intesa sui testi delle due direttive che disciplineranno le gare d'appalto per lavori, forniture e servizi, nei settori tradizionali e nei cosiddetti settori speciali (acqua, energia, trasporti e servizi postali). Dopo questo accordo appare scontata l'approvazione finale del testo da parte dell'Assemblea plenaria di Strasburgo a fine gennaio.

La direttiva unificata appalti uniforma il valore delle soglie, fino ad oggi espresse in controvalore in euro di DSP, direttamente in euro. In pratica nulla cambia per il settore dei servizi dal momento che il controvalore in euro di 200.000 DSP, oggi applicabile e pari a 249.000 euro, sarà sostituito direttamente dal valore in euro (sempre di 249.000 euro). La nuova direttiva, riunendo in un unico documento le norme delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, si occupa in larga misura di razionalizzare il complesso delle disposizioni introducendo alcune innovazioni, come ad esempio il cosiddetto dialogo competitivo e le aste elettroniche (non applicabili al settore dei servizi di ingegneria e architettura). Fra i criteri di aggiudicazione si conferma il principio della salvezza delle norme nazionali in materia di remunerazione dei servizi, con un esplicito riferimento al settore dei servizi di ingegneria e architettura e dei servizi legali. In sostanza viene ribadito (visto che già la direttiva 92/50/CEE lo prevede) che se in uno Stato membro la legge nazionale prevede il principio dell'inderogabilità dei minimi tariffari, in fase di aggiudicazione di un appalto deve tenersi conto di tali livelli minimi che, quindi, non possono essere superati.



Approvata la legge finanziaria per il 2004

La legge finanziaria (legge 24 dicembre 2003, n. 350 in GURI, S.O. n. 299 del 27 dicembre 2003) prevede, all'articolo 4, alcune modifiche di interesse per il settore dei lavori pubblici che possono così essere sintetizzate:

- Limite al prefinanziamento per il contraente generale.

Il comma 149 interviene sulla disciplina del c.d. prefinanziamento che il contraente generale, per le opere della Legge Obiettivo, è tenuto a concedere.

In particolare la norma fissa un limite pari al 20% dell'importo dell'affidamento posto a base di gara per il valore della quota che il contraente generale deve realizzare con anticipazione di risorse proprie. La disposizione sarà valida dall'entrata in vigore della legge finanziaria 2004 e fino al 31 dicembre 2006.

La legge prevede anche che il pagamento al contraente generale della quota finanziaria in proprio avvenga in unica soluzione all'atto dell'ultimazione dei lavori.

- Fondo per la progettazione.

Il comma 143 stabilisce in 30 milioni di euro la dotazione finanziaria per il 2004 del Fondo per la progettazione delle opere pubbliche delle Regioni e degli Enti locali introdotto dalla legge finanziaria per il 2002.

Il fondo, che è istituito presso il ministero dell'Economia, eroga contributi per le spese di progettazione per un importo pari ad almeno la metà del costo effettivo della progettazione e ad esso possono fare istanza di assegnazione delle risorse sia le Regioni, sia gli Enti locali.

Nella richiesta di finanziamento devono essere contenute la natura dell'intervento, l'entità dei contributi richiesti e la stima del costo di esecuzione dell'opera al netto della progettazione.

- Fondo per le infrastrutture locali.

Il comma 144 indica lo stanziamento di un altro fondo, sempre introdotto dalla legge finanziaria per il 2002, che è quello per la realizzazione di infrastrutture di interesse locale (art. 55 l. 448/01), quantificandolo in 70 milioni di euro (erano 50 nel 2002).

Scopo del fondo è anche quello di garantire un efficace raccordo fra la realizzazione del

piano straordinario delle infrastrutture e delle opere di grandi dimensioni e le esigenze infrastrutturali degli Enti locali. In particolare i fondi dovrebbero essere indirizzati alla valorizzazione delle risorse produttive e delle realtà sociali interessate.

- Modifica dell'art. 30 della legge 109/94 sulle cauzioni.

I commi 146 e 147 dell'articolo 4 riscrivono buona parte dell'attuale comma 2 dell'articolo 30 della legge 109/94 che contiene la disciplina della cauzione definitiva, peraltro rimasta invariata nella sua quantificazione (10%).

Va notato che queste modifiche avranno una loro rilevanza anche per le attività di progettazione dal momento che molte amministrazioni, se non quasi tutte, applicano al settore degli incarichi di progettazione la disciplina delle cauzioni prevista per i lavori.

Il cambiamento riguarda invece il meccanismo di svincolo della cauzione; in questo caso il legislatore della finanziaria provvede alla sostituzione del comma 2 dell'articolo 30 della legge 109/94 che adesso risulta ben più ridotto rispetto alla versione ad oggi vigente. Nel merito, oggi si prevede che si svincoli progressivamente il 50% della cauzione e che, raggiunto il 50% dell'importo dei lavori eseguiti, si proceda con un ulteriore svincolo pari al 5% dell'iniziale ammontare, per ogni ulteriore 10% di lavori eseguiti. Nella finanziaria 2004, con l'aggiunta del comma 2-ter all'art. 30 della legge 109/94, si elimina il meccanismo previsto dall'attuale norma che pone il limite iniziale del 50% dei lavori eseguiti e dell'ulteriore 25% ogni 10% di lavori eseguiti; il meccanismo viene sostituito dal semplice principio per cui la cauzione si svincola "progressivamente a misura dell'avanzamento dell'esecuzione, nel limite massimo del 75%".

- Le opere in project financing della Legge Obiettivo.

I commi 134 e seguenti introducono alcune

disposizioni specifiche per le infrastrutture della Legge 443/01 (Legge Obiettivo) caratterizzate dalla loro capacità di garantire un rientro economico attraverso i proventi derivanti dalla gestione dell'opera (c.d. project financing). La nuova disciplina non sarà però applicabile alle opere incluse nei piani finanziari delle società concessionarie e nei relativi futuri atti aggiuntivi.

Per le altre opere, da realizzare in "project financing", si prevede che scatti innanzitutto l'obbligo di presentare, al momento della richiesta al Cipe di assegnazione delle risorse, una analisi costi-benefici e un piano economico-finanziario dai quali si possano ricavare sia l'entità delle risorse da investire, sia la misura dei proventi derivanti dalla gestione dell'opera. Sarà poi il Cipe, precisa la norma, ad assegnare, prelevandole dal fondo previsto annualmente per le opere della Legge Obiettivo, le risorse quantificate dal piano, che sarà stato approvato insieme

al progetto preliminare dell'opera. Lo stesso Cipe provvederà inoltre ad individuare i soggetti autorizzati a contrarre i mutui. La norma ha quindi lo scopo di garantire maggiori elementi di valutazione al Cipe al fine di potere allocare correttamente e

con efficienza le risorse disponibili ogni anno. Le successive norme (commi da 135 a 142) prevedono l'obbligo per la banca di fornire una formale dichiarazione di disponibilità "di massima" all'erogazione del finanziamento da rendere esplicita, fin dall'inizio, quando cioè sarà presentata al Cipe la richiesta di assegnazione delle risorse. Si prevede anche un ordine di priorità nell'utilizzazione delle risorse concesso al rimborso dei finanziamenti acquisiti, cioè per rimborsare gli Enti che il Cipe aveva in precedenza indicato come coloro che sono stati autorizzati a concedere i mutui. In particolare una ulteriore tutela è che vengono vietate azioni da parte dei creditori fino all'estinzione del debito.



Norme sui lavori pubblici applicabili alle barriere stradali

L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, nella determinazione 22 del 10 dicembre 2003, ha precisato che, in relazione ai bandi di gara che hanno ad oggetto la "fornitura e posa in opera" di beni inerenti la segnaletica stradale, "deve trovare applicazione la normativa sui lavori pubblici".

Per l'Autorità, infatti, "nell'ambito delle attività della segnaletica stradale, la posa in opera risulta più importante e rischiosa, anche se meno costosa della fornitura di beni; ciò che diventa incontestabile per la segnaletica orizzontale, dove appare evidente la prevalenza funzionale della posa in opera sul costo dei materiali (vernici)". In sostanza "le previste forniture di materiali o componenti, anche di valore economico prevalente rispetto alle attività di lavorazione, conservano una funzione meramente strumentale, non acquistando valenza di autonoma prestazione. Il contratto pertanto non diviene misto, ma mantiene una funzione unitaria volta alla realizzazione o modificazione di un'opera pubblica". E quindi si applica la legge 109/94.



Requisiti tecnico-professionali nelle gare di progettazione oltre i 100.000 euro

L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con la determinazione n. 20 del 26 novembre 2003, ha fornito alcuni chiarimenti sugli appalti di servizi tecnici di importo pari o superiore a 100.000 euro. Si tratta degli appalti di progettazione e servizi tecnico amministrativi ad essa connessi disciplinati dagli articoli 63 e seguenti del Dpr 554/99.

Per quel che attiene la dimostrazione dei requisiti tecnico-professionali, gli unici che rilevano nelle gare fra 100.000 e 249.000 euro, l'Autorità ritiene "improprie quelle prescrizioni dei bandi di gara per l'appalto di servizi tecnici che prevedono che la commissione di gara, dopo una verifica formale delle offerte e della documentazione e dopo il sorteggio di una percentuale di concorrenti, verifichi il possesso della cifra d'affari e non, invece, dei requisiti tecnico professionali (come richiesto dalle disposizioni della legge 109/94 e del regolamento 554/99)". In particolare l'Autorità precisa che la dimostrazione dell'esecuzione dei precedenti incarichi di progettazione "può essere data anche in altro modo, ad esempio con la produzione dei provvedimenti della stazione appaltante di conferimento dell'incarico, di avvenuto espletamento dello stesso, di pagamento della prestazione compiuta ecc."; pertanto la stazione appaltante "non potrà fare esclusivo riferimento alle dichiarazioni rese dai precedenti committenti dei servizi, ma dovrà, altresì, consentire la presentazione di equivalente documentazione sufficiente a dare prova di quanto dichiarato". Per quel che attiene la verifica dei requisiti prevista dall'art.63, comma 8, del Dpr 554/99: l'Autorità precisa che la stazione appaltante deve provvedere soltanto a verificare che le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione corrispondano a quanto richiesto nel bando di gara (verifica tra quanto domandato e quanto risposto), prescindendo, per il momento, dal riscontro della veridicità delle medesime dichiarazioni".



Direttiva Ue per la concorrenza nei servizi

Il commissario europeo Frits Bolkestein ha presentato il 13 gennaio 2004 una proposta di direttiva per il miglioramento della concorrenza nel mercato europeo dei servizi. Lo schema di direttiva promuove attività del comparto del terziario mirando al raggiungimento di un mercato unico dei servizi attraverso l'abbattimento delle barriere che limitano lo sviluppo delle piccole e medie imprese. L'iter di approvazione della proposta, presumibilmente, porterà via almeno due anni. La direttiva troverà applicazione anche al settore dei servizi professionali. Sono infatti comprese anche le libere professioni (medici, architetti, consulenze legali ecc). Non vengono invece regolate quelle materie riguardanti le attività "non economiche" svolte dalle autorità pubbliche o quelle già oggetto di altre direttive comunitarie.

Nuova versione del CPV

La Commissione europea ha approvato il Regolamento Ue n. 2151 del 16 dicembre 2003 che modifica il precedente Regolamento n. 2195 del 2002 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al vocabolario comune per gli appalti pubblici; il Regolamento è entrato in vigore il 6 gennaio 2004. Con il Regolamento del 2002 era stato istituito un sistema unico di classificazione per gli appalti che serviva a standardizzare e rendere omogenei i riferimenti che le stazioni appaltanti inseriscono nei bandi di gara di aggiudicazione degli appalti di lavori, forniture e servizi. L'aggiornamento del CPV è stato motivato dalla necessità di tenere conto di alcune esigenze espresse dagli stati membri e dagli utenti del CPV, oltre che per correggere alcuni errori che erano previsti nella precedente versione. L'aggiornamento, in generale, sia dei codici, sia della struttura del CPV è stato effettuato tenendo anche conto della necessità di garantire la corrispondenza fra lo stesso CPV e la Classificazione centrale provvisoria dei prodotti (CPC Prov.) delle Nazioni Unite e della Nomenclatura statistica delle attività economiche (NACE Rev.1) e della Nomenclatura combinata (NC). Nel nuovo Regolamento, fra le altre cose, scompare l'allegato II del Regolamento 2195 del 2002 che conteneva una tabella di corrispondenza tra CPA e CPV, i cui gruppi di prodotti non erano stati elaborati facendo riferimento alla CPA (classificazione dei prodotti associati alle attività).

Servizi per validare i progetti

Il Consiglio di Stato, con sentenza 21/11/03 n. 7620, di riforma della decisione del Tar Piemonte, sezione I, n. 1987/02 ha esaminato alcuni profili applicativi della disciplina di cui all'art. 30, comma 6 della legge 109/94. Nella fattispecie esaminata, l'Agenzia "Torino 2006", aveva accorpato in un unico bando di gara la validazione di tutti progetti relativi ad un gruppo di opere diverse. Conseguentemente alcune delle società partecipanti alla gara impugnavano dinanzi al Tar Piemonte il bando, chiedendo l'annullamento dello stesso, nonché delle relative operazioni concorsuali in quanto consideravano inammissibile l'accorpamento in un'unica gara del servizio di validazione. Le motivazioni si fondavano sul fatto che sarebbe stato precluso alla stazione appaltante sommare gli importi riferiti a più interventi, perché ciò avrebbe alzato i requisiti tecnici ed economici, consentendo di fatto soltanto a due o tre imprese di partecipare alla gara. Nel ricorso veniva anche richiamato un analogo caso in cui il Consiglio di Stato, dopo che il Tar aveva respinto un ricorso, con sentenza n. 479/02, sospendeva l'efficacia di detta sentenza perché riteneva che i requisiti di qualificazione non potessero essere commisurati alla sommatoria degli importi delle singole gare. Il Tar Piemonte accoglieva il ricorso considerando l'accorpamento in un'unica gara di tali opere non conforme alla disciplina normativa nazionale e comunitaria. L'agenzia Torino 2006 faceva appello dinanzi al Consiglio di Stato chiedendo la riforma della sentenza appellata e il rigetto del ricorso di primo grado. Il Consiglio di Stato accoglieva l'appello dell'Agenzia Torino 2006 in quanto riteneva che non vi fossero rigidi ed espressi divieti. In particolare la sentenza precisa che in presenza di precisi nessi di carattere funzionale, temporale, oppure logistico ed economico, non deve ritenersi precluso l'accorpamento in un'unica gara di attività concernenti la realizzazione di opere (o la loro progettazione) astrattamente scomponibili, anche perché la disciplina la validazione dei progetti, assume contenuti ben definiti tali da non precludere la possibilità di accorpamento di più opere. Inoltre, per il Consiglio di Stato, l'accorpamento di servizi offre numerosi vantaggi tra cui l'opportunità di avere verifiche di carattere omogeneo, nonché vantaggi economici ed efficacia dell'azione amministrativa. Infine il Collegio afferma che la stazione appaltante non aveva attuato una sommatoria degli importi delle opere da validare, bensì si era limitata a individuare una media ponderata di tali valori e che comunque tale sommatoria non avrebbe potuto precludere la partecipazione per le società nazionali.

I requisiti per i raggruppamenti fra progettisti: il limite per la capogruppo

Uno dei principali profili di anomalia che si individuano nei bandi di gara riguarda i requisiti previsti in caso di raggruppamenti temporanei.

Fra le diverse problematiche che emergono nei bandi di gara con riferimento alla qualificazione dei raggruppamenti temporanei di progettisti, appare curiosa la richiesta di alcune amministrazioni che precisano che il capogruppo mandatario deve possedere i requisiti dell'art. 66, comma 1, lett. a), b), d) del Dpr 554/99 in misura non superiore, ad esempio, al 50% del totale richiesto.

In particolare l'utilizzo di questa clausola, sembrerebbe portare alla conclusione che non possano essere ammessi capogruppo con requisiti superiori al 50%, cosa evidentemente non possibile, ben potendo una mandataria avere anche il 120% dei requisiti minimi. Appare infatti evidente che un soggetto in possesso di più del 100% dei requisiti non solo può partecipare alla gara, ma può anche raggruppare in una compagine un soggetto esperto, ad esempio, di studi di impatto ambientale, che possiede, ad esempio, una percentuale ridotta dei requisiti minimi previsti dal bando di gara.

Ritenere, viceversa, che comunque, anche se la capogruppo avesse più del 50% (ad esempio, se possedesse il 120% dei requisiti), comunque un altro 50% deve essere posseduto dalle mandanti non sembrerebbe logico e rispondente all'interesse dell'Amministrazione che (nel caso della mandataria con il 120% dei requisiti) comunque, attraverso le altre imprese mandanti, avrebbe un raggruppamento che nel suo complesso ha più del 100% dei requisiti.

La "restante percentuale" (così si esprime l'art. 65, comma 4 del Dpr 554/99) che deve essere posseduta dalle mandanti dovrebbe essere infatti intesa con riguardo a quel che resta della percentuale di requisiti che la mandataria non soddisfa (se la mandataria avesse l'80% la restante percentuale, pari al 20%, dovrebbe essere posseduta dalle mandanti).

E anche se non si volesse aderire a questa tesi, sarebbe comunque opportuno prevedere che la famosa mandataria con il 120% dei requisiti potesse associare uno specialista con meno della "restante parte" dei requisiti. Sarebbe un sistema per dare dignità allo specialista, evitando di relegarlo al ruolo di subappaltatore di un progettista in possesso del 120% dei requisiti che, a quel punto, sarebbe costretto a concorrere singolarmente.

La scomposizione (errata) delle prestazioni professionali

Come è noto il progettista deve dimostrare i propri requisiti professionali con riferimento alle classi e categorie della tariffa professionale degli ingegneri e architetti.

Di norma, sia pure con qualche bizzarria, le amministrazioni si regolano correttamente prevedendo tipologie analoghe a quelle che dovranno essere oggetto delle prestazioni da affidare.

In alcuni casi, però, appaiono delle anomalie che rendono praticamente impossibile al progettista la partecipazione alla gara. È questo il caso di una amministrazione del Centro-Sud che, nello scomporre le varie categorie della tariffa professionale Legge 143/49 ha clamorosamente confuso l'attribuzione delle categorie, determinando un doppio problema visto che per poter partecipare alla gara era richiesto, non solo dimostrare di aver svolto lavori similari appartenenti alle stesse categorie di quelle individuate nel bando, ma anche di individuare delle figure professionali con esperienza specifica in determinati lavori. In particolare, per gli allestimenti museali: era attribuita la categoria V che corrisponde invece a "macchine isolate e loro parti" (in realtà la categoria degli allestimenti museali è la categoria 1e). Per le opere impiantistiche era richiesta una figura professionale che avesse esperienza in impianti elettrici, idraulici, climatici ed antincendio (corrispondenti alla categoria III), mentre nel bando a tali lavori veniva attribuita erroneamente la categoria VIII, relativa ad "impianti di distribuzione di acqua e fognature".

Il tutto con l'effetto di non poter dichiarare i lavori effettivamente svolti, perché le corrette categorie della tariffa professionale non corrispondevano a quelle, errate, del bando, né di indicare le figure professionali con esperienza nelle attività oggetto dell'affidamento.