

Consegna del cantiere nonostante lacune progettuali

La Corte dei Conti, sezione giurisdizionale della regione Basilicata, con sentenza n. 270 del 12 novembre 2004, ha stabilito che il direttore dei lavori che riscontri gravi carenze nel progetto e ciò nonostante consegna il cantiere all'impresa aggiudicataria, è tenuto al risarcimento dei danni provocati all'ente appaltante nei confronti dell'impresa esecutrice, perché responsabile di aver avviato la gara. Secondo i giudici della Corte deve essere considerato gravemente colposo il comportamento del direttore dei lavori perché era consapevole delle gravi lacune che rendevano il progetto ineseguibile. Il fatto che il direttore dei lavori fosse anche progettista dell'opera, ha proseguito la Corte, "si pone come mera aggravante, in quanto ciò accresceva la consapevolezza, al momento della consegna dei lavori, delle incongruenze progettuali che costituivano ostacoli ad una adeguata realizzazione dell'opera".



Affidamento del servizio idrico integrato a società miste e gestione "in house"

Sono state pubblicate sulla G.U. n. 291 del 13 dicembre 2004 due circolari del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio del 6 dicembre 2004, riguardanti l'affidamento del servizio idrico integrato a società miste e gli affidamenti cosiddetti "in house".

La circolare sull'affidamento in house evidenzia che l'affidamento "in-house" è ammesso solo in casi eccezionali e residuali, contravvenendo altrimenti ai principi derivanti dai trattati quali le norme sulla libera circolazione dei beni e servizi.

In ogni caso, si precisa, la durata della società dovrà essere motivata e obbligatoriamente limitata al tempo necessario per il superamento degli impedimenti relativi all'effettiva messa in concorrenza del servizio.

È importante a tal fine che l'atto costitutivo e lo statuto prevedano che la società sia dotata di un'autonomia finanziaria e decisionale limitata e preventivamente circoscritta. Infine si chiarisce che alla società "in house" dovranno partecipare esclusivamente enti locali.

La società non potrà essere, quindi, partecipata da società a partecipazione pubblica, neppure totale, da consorzi intercomunali o da aziende speciali.

Per quanto riguarda invece la circolare sull'affidamento del servizio a società miste vengono indicati i principi per la scelta del socio privato.

Per quel che concerne le modalità con cui selezionare il partner privato si precisa che si deve ricorrere ad una gara ad evidenza pubblica, anche se è comunque lecito l'affidamento diretto ad una società mista, ma occorre in questo caso avviare un confronto concorrenziale al momento della selezione del socio o dei soci privati.

La scelta del socio privato, si precisa nella circolare, deve avvenire prima, o comunque contestualmente alla costituzione della società cui affidare il servizio, mentre sul quantum di partecipazione del socio privato al capitale della società la scelta è a totale discrezione degli enti locali. Le due circolari sono disponibili nella parte "Norme nazionali" di "Normativa e giurisprudenza".

Corte UE sulle società miste

La Corte di giustizia europea, con la sentenza 11 gennaio 2005 (causa C26/03) ha stabilito che, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50 (modificata dalla direttiva 97/52) con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate.

Per la Corte le regole delle direttive devono essere applicate quando vi sia una partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione. In questo caso, infatti, per la Corte, si deve escludere che l'amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi (ipotesi che per i servizi consente l'affidamento "in house").

Al riguardo, chiarisce la Corte, occorre anzitutto rilevare che il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico. Per contro, "qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente". Pertanto, conclude la Corte, "l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttiva 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti".

Società di ingegneria anche le cooperative composte da soci non professionisti

Il 2 dicembre 2004 il disegno di legge comunitaria per il 2004 è stato approvato alla Camera ed è attualmente in esame in Senato, dove non dovrebbe subire ulteriori modifiche.

Nell'ambito delle modifiche alla legge 109/94 si segnala come novità quella, sostenuta dall'OICE e dall'ANCPL-Legacoop, relativa al comma 6, lettera b), dell'articolo 17 della legge che consentirà alle società cooperative, che fino ad oggi possono operare nella forma di società di professionisti e a condizione che siano composte da tutti soci professionisti (ingegneri, architetti o altri professionisti tecnici), di operare anche se i soci non saranno professionisti. In questo caso, però, la società opererà come società di ingegneria e non come società di professionisti. Il che vorrà dire che dovrà predisporre e inviare all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici l'organigramma dei soci, dipendenti e tecnici della società ai sensi dell'art. 53 del Dpr 554/99. Ovviamente anche queste cooperative dovranno svolgere le prestazioni avvalendosi di professionisti iscritti all'albo.

Decreto sulla qualificazione dei contraenti generali

Il Consiglio dei Ministri di venerdì 10 dicembre 2004 ha approvato in via definitiva il decreto che, modificando il d.lgs. 190/02, introduce il sistema di qualificazione per i contraenti generali delle opere previste dalla Legge Obiettivo.

Il decreto dovrà adesso essere pubblicato sulla gazzetta ufficiale prima di entrare in vigore. Dell'ultima ora la modifica alla disciplina transitoria (fino al 2013) che, nella terza classifica di importo, prevede 9 attestazioni SOA per importi illimitati di cui almeno 5 (e non più 6 come era previsto nella versione di luglio) per opere generali. Rimangono invece invariate le attestazioni per importi illimitati richieste per la prima classifica (3 OG) e per la seconda (6 di cui almeno 4 OG).

Da notare che è prevista anche la possibilità per le stazioni appaltanti di introdurre requisiti ad hoc in sede di gara, fra cui anche i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi "adeguati al progetto da redigere".

In via generale i requisiti previsti per fare parte del sistema di qualificazione attengono innanzitutto al profilo della qualificazione economica. Tenendo conto del fatto che il contraente generale deve anticipare parte delle risorse economiche (fino al 20%) e dovrà prestare la garanzia di performance bond, il provvedimento ha individuato alcuni elementi per accertare la solidità delle imprese. Il primo è quello della cifra d'affari consolidata in lavori dell'ultimo triennio intesa come attività diretta e indiretta, comprendente, oltre ai lavori, anche "le attività di progettazione e fornitura di impianti e manufatti compiute nell'ambito della realizzazione di un'opera affidata all'impresa". Si tratta di una nozione ampia motivata dal fatto che il contraente generale svolgerà anche la progettazione e che, comunque, il fulcro della sua attività risiede nella "regia" dell'intervento (la legge obiettivo prevede infatti che il contraente generale possa affidare a terzi anche il 100% dei lavori). La cifra d'affari è quindi prevista, per la I classifica, non inferiore a 500 milioni di euro, per la II a 1 miliardo di euro e per la III a 1,3 miliardi di euro.

Un secondo parametro è quello del rapporto fra patrimonio netto dell'ultimo bilancio e la cifra d'affari media consolidata in lavori. Da notare che il parametro può anche essere integrato da "risorse finanziarie addizionali irrevocabili a medio e lungo periodo, messe a disposizione dalla eventuale società controllante". Il decreto prevede anche la possibilità, per le imprese che non arrivino alla percentuale del 10%, di ridurre convenzionalmente la cifra d'affari consentendo ad esse di rientrare nei valori richiesti. Si prevede in prospettiva un aumento graduale del 10% fino al 20% del parametro, nell'auspicio che l'acquisizione delle commesse da parte delle imprese induca nel medio periodo anche ad una maggiore capitalizzazione delle stesse.

Il provvedimento, dal punto di vista della qualificazione sulla capacità tecnica, dopo avere richiesto il possesso di attestazioni SOA o di

lavori analoghi, punta decisamente sulla capacità di project management del contraente generale, individuata come attività essenziale in virtù della necessaria funzione di coordinamento e gestione unitaria dell'appalto. Si richiede quindi la presenza in organico di direttori tecnici con qualifica di dipendenti o dirigenti, di responsabili di cantiere o di progetto, ai sensi delle norme UNI-ISO 10006, dotati di adeguata professionalità tecnica e di esperienza acquisita in qualità di responsabile di cantiere o di progetto di un lavoro non inferiore a 30 milioni di euro per la Classifica I, 50 milioni di euro per la Classifica II e 60 milioni di euro per la Classifica III, in numero non inferiore a 3 unità per la Classifica I; 6 unità per la Classifica II; 9 unità per la Classifica III.



Proroga per l'adozione delle misure minime di sicurezza previste dal Codice Privacy

E' stato pubblicato, sulla G.U. n. 264 del 10 novembre 2004, il decreto legge n. 266 del 9 novembre 2004, recante la proroga al 30 giugno 2005 del termine, precedentemente fissato al 31 dicembre 2004, per l'adozione delle misure minime di sicurezza. Si tratta della seconda proroga per tali misure, sancite all'art. 180 comma 1 del d.lgs. n. 196/03; proroga giustificata, tra l'altro, nella relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del decreto, per il fatto di riferirsi ad "adempimenti complessi" che "richiedono la predisposizione di un sistema di protezioni e chiavi d'accesso ancora in fase di realizzazione".

Il decreto prevede inoltre l'ulteriore proroga al 30 settembre 2005 del termine, precedentemente fissato al 30 giugno 2005, per l'adeguamento del titolare del trattamento che non possiede strumenti idonei a supportare le nuove misure di sicurezza. In questi casi rimane comunque l'obbligo di compilare un atto in cui devono essere descritte le ragioni tecniche relative agli elaboratori (nel silenzio del decreto legge la compilazione deve avvenire entro il 30 giugno 2005).

Tempi per presentare un project financing sottoposti a "condizione risolutiva espressa"

Per una importante procedura di project financing di un ospedale da più di 700 posti, un'amministrazione pubblicava l'avviso di sollecitazione di proposte da parte di promotori dando un mese di tempo per la trasmissione delle proposte. Come è noto le proposte di intervento per opere da realizzarsi con risorse private devono contenere diversi documenti fra cui lo studio di fattibilità tecnico-economica e la progettazione preliminare.

Considerando che il termine per la consegna delle proposte era previsto dopo poco più di un mese, era stato fatto presente all'amministrazione che in tale lasso di tempo sarebbe stato difficile dare seguito a tutti gli adempimenti che la legge prevede a carico del promotore per la definizione della proposta (studio di inquadramento, studio di fattibilità, progetto preliminare, bozza di convenzione, piano economico-finanziario, asseverazione del piano da parte di istituto di credito o società di servizi, prestazione di garanzie, ecc.), anche perché si trattava di un intervento di una certa complessità. Da ciò una richiesta di proroga del termine.

L'amministrazione diligentemente rispondeva precisando che veniva concesso il differimento di due mesi del termine ma che questo differimento era condizionato al fatto che alla scadenza dell'originario termine fissato nel bando di gara non fossero giunte proposte da parte degli aspiranti promotori.

Tant'è che, qualche giorno dopo la stessa amministrazione si premurava di fare sapere che alla data inizialmente fissata erano giunte alcune proposte e che, quindi, il nuovo termine di due mesi era da intendersi annullato.

Si trattava di una innovativa ipotesi di accoglimento di una richiesta sottoposta ad una sorta di condizione risolutiva espressa che si sarebbe quasi certamente avverata. Un modo come un altro per dire: "si va bene, accolgo la tua richiesta ma tanto quello che ho detto all'inizio non cambierà".

E allora non era meglio dire subito di no e non prendere in giro nessuno?

Di recente il Cresme ha pubblicato i dati sul project financing relativi all'anno 2004 mettendo in evidenza che le procedure che prevedono il ricorso alla finanza di progetto non decollano e restano al palo. Non c'è dubbio che se tutte le amministrazioni si comportano come descritto in precedenza, la disaffezione del settore privato per questa procedura, stretta fra termini ridotti e notevoli adempimenti, non potrà che aumentare e sarà sempre più difficile che si crei un mercato e una concorrenza effettivi e degni di questo nome.

Nulli i contratti conclusi per corrispondenza

La Corte di Cassazione, con la sentenza della prima sezione civile del 7 dicembre 2004, n. 22973, ha chiarito che il contratto per corrispondenza fra un'amministrazione e un professionista è nullo. Nel caso di specie, un Comune aveva stipulato "a distanz", per mezzo di corrispondenza, un contratto con un ingegnere per la progettazione di alcune opere (per un compenso pari a 1,2 miliardi di lire). La Suprema Corte richiama una giurisprudenza che, con specifico riferimento ai contratti d'opera professionale stipulati dai Comuni, ha ribadito che "il contratto con il quale l'Amministrazione pubblica conferisce un incarico professionale deve essere redatto in forma scritta ed è escluso che possa essere concluso a distanza a mezzo di corrispondenza, dovendosi tale modalità essere limitata ai contratti conclusi con ditte commerciali e non estensibile al conferimento di incarichi di progettazione".

Laddove ciò sia invece avvenuto sarebbe irrilevante, dice la Cassazione, la delibera dell'organo collegiale (che ha sempre valore interno e natura revocabile) ed "è necessario che la deliberazione sia tradotta in atto contrattuale sottoscritto dal rappresentante esterno dell'ente e dal professionista".

Corte UE sui concorsi di progettazione

La Corte di giustizia con la sentenza del 14 ottobre 2004 (causa C-340/02) ha condannato la Francia per violazione delle norme della direttiva 93/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi. Il caso esaminato dalla corte europea riguarda l'affidamento diretto di un appalto di servizi di assistenza a seguito di un concorso di progettazione. In particolare l'amministrazione aveva previsto nel bando la clausola per cui il vincitore del concorso potesse essere "chiamato a collaborare all'esecuzione del suo progetto nell'ambito di un appalto di studi avente ad oggetto [tra l'altro] l'assistenza all'appaltatore". Il punto della questione sottoposta all'attenzione della Corte di giustizia riguardava, quindi, la legittimità della clausola del bando che per la Commissione europea riguardava prestazioni diverse da quelle relative al concorso indetto, con la conseguenza che l'appalto avrebbe dovuto costituire oggetto di pubblicità e di una gara ad hoc. Nel caso di specie, per la Corte, una parte delle prestazioni che costituiscono



oggetto della seconda fase non rientra nella nozione di concorso di progettazione della direttiva 92/50/CEE che si riferisce a "un piano o un progetto". Il riferimento contenuto nella sentenza è in particolare alle prestazioni di "assistenza all'appaltatore nell'esame delle offerte presentate nell'ambito della procedura che costituisce oggetto della terza fase"; in questo caso si tratta di attività che non possono essere considerate "un piano o un progetto ai sensi dell'art. 1, lett. g), della direttiva". In sostanza la Corte chiarisce che l'espressione "risulti da un concorso di progettazione" prevista dall'art. 11, n. 3, lett. c), della direttiva significa che deve esistere un nesso funzionale diretto tra il concorso e l'appalto di cui trattasi e, nel caso specifico, questo nesso era inesistente almeno per alcune di queste attività. Infine la pronuncia mette in risalto il fatto che la clausola del bando di gara prevede solo la possibilità, ma non l'obbligo, di affidare la seconda fase al vincitore del concorso relativo alla prima fase. Di conseguenza, spiega la Corte, non si può affermare che l'appalto relativo alla seconda fase deve essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso, come sostenuto dal governo francese.

Pertanto, dal momento che l'appalto di servizi di assistenza non ha costituito oggetto di una pubblicazione di un bando di gara conformemente alle norme della direttiva, nonostante rientrasse nel campo di applicazione di quest'ultima, "la Repubblica francese è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della direttiva, in particolare dell'art. 15, n.2, della medesima".