

Il Codice sui contratti pubblici

Approvato dal Consiglio dei Ministri il terzo correttivo. Ecco le principali novità

Andrea Mascolini*

Il terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici, approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il 27 giugno 2008, arriva alla scadenza della delega della legge 62/2005 che dava al Governo due anni, dall'emanazione del primo decreto, per apportare ulteriori modifiche al testo del Codice.

Dal punto di vista procedurale il Ministero delle infrastrutture ha ribadito la fondatezza dell'interpretazione estensiva della norma di delega (che consentirebbe la "emanazione" dei decreti correttivi entro il 30 giugno) e quindi la possibilità di intendere "emanato" il decreto già con l'approvazione da parte del Consiglio dei Ministri in via preliminare. Questa interpretazione ha una sua ragione anche in relazione alla necessità di evitare il prosieguo della procedura di infrazione aperta dalla Commissione europea contro l'Italia.

In ogni caso saranno sempre necessari i pareri della Conferenza unificata Stato-Regioni-Enti locali, delle commissioni parlamentari e del Consiglio di Stato, il che porterà via almeno due o tre mesi.

L'emanazione di un terzo provvedimento correttivo ha avuto una accelerazione improvvisa dopo la procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea contro l'Italia che ha posto in evidenza numerosi aspetti di non conformità del Codice

a principi del Trattato europeo e a disposizioni delle direttive 2004/17 e 18 sugli appalti pubblici. Come se non bastasse è poi arrivata a maggio anche la sentenza sulle offerte anomale che ha complicato ulteriormente il quadro soprattutto per gli appalti "sotto soglia". Infine, *dulcis in fundo*, anche la Corte dei conti (italiana) ha restituito al Ministero delle infrastrutture lo schema di regolamento del Codice dei contratti, messo a punto dopo molti mesi di lavoro, contestando il fatto che per diverse disposizioni dell'articolato non ci fosse una adeguata copertura normativa a livello primario (cioè nel Codice). Anche per questo il terzo correttivo è stato emanato: per sanare l'anomalia evidenziata dalla Corte dei conti, prima di potere rimettere le mani sull'articolato (che comunque dovrà essere nuovamente trasmesso alla Corte dei conti per la registrazione, prima di entrare in vigore nei sei mesi successivi).

In sostanza non si può negare che in questo momento la normativa sui contratti pubblici viva un periodo di particolare incertezza, di mutamento e di non definitività; peraltro non è che negli anni scorsi fosse molto diverso, visto che di modifiche alla Legge Merloni se ne sono contate quattro.

Peraltro è molto probabile che questo

ulteriore intervento correttivo sia ritenuto dalle categorie interessate come non rispondente a tutte le esigenze di cambiamento delle norme; c'è quindi il pericolo che rimanga insoddisfatta l'esigenza delle categorie interessate di avere una definitiva riforma che chiuda una volta per tutte il capitolo delle correzioni del Codice avviato un anno e mezzo fa. Vediamo quindi, sia pure in sintesi, le principali novità contenute nel testo che è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 27 giugno 2008.

Le modifiche "comunitarie"

Nel merito il testo accoglie la totalità dei rilievi comunitari e introduce alcune norme che da un lato chiariscono questioni interpretative insorte in questi due anni e dall'altro anticipano disposizioni del regolamento nel codice, ritenute dalla Corte dei conti in eccesso di delega.

Viene poi modificata la norma sull'avallamento relativa ai gruppi che la commissione europea riteneva limitativa nella parte in cui non consentiva tale possibilità per gli appalti di fornitura. Accolte anche le proposte di modifica per il dialogo competitivo laddove si stabilisce che non si debbano indicare criteri diversi nel documento descrittivo dell'appalto e nel bando di gara.

Per il regime applicabile alla realizzazione di opere a scomputo il Ministero delle infrastrutture prevede, per superare le eccezioni della Commissione europea, che il titolare del permesso di costruire possa presentare uno studio di fattibilità per realizzare le opere di urbanizzazione e che sulla base di questo studio l'amministrazione

indica una gara, senza però che il privato possa vantare un diritto di prelazione, come era previsto in precedenza. Viene confermata la nuova disciplina della finanza di progetto basata sulla gara unica, senza diritto di prelazione.

Project finance

Viene prevista gara unica per la scelta del promotore-concessionario, al posto delle tre fasi attuali.

La pubblicazione del bando da parte dell'Amministrazione riguarderà la richiesta di sviluppo di un progetto preliminare e del piano economico dell'opera e potranno partecipare soltanto i soggetti in possesso dei requisiti da concessionario previsti dal regolamento (oggi ancora artt. 98 e 99 del Dpr 554/99), anche associati con altri soggetti. Il progetto dichiarato vincitore sarà sottoposto ad una conferenza dei servizi per l'approvazione; se la conferenza richiede modifiche progettuali e il vincitore – promotore accetta di farle diventa direttamente concessionario; altrimenti ci sarà la possibilità di affidare l'appalto ad uno dei concorrenti classificati successivamente in graduatoria (dal secondo in poi) che accetti di apportare le modifiche richieste. Nel caso in cui risulti aggiudicatario della concessione un soggetto diverso dal promotore, quest'ultimo ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta. Importante notare che i piani economico-finanziari che accompagnano i progetti potranno essere asseverati soltanto dalle banche e non più da intermediari finanziari e da società di revisione.

Offerte anomale

Anche a seguito della recente sentenza della Corte di giustizia, la scelta è quella di uniformare le disposizioni per i contratti sotto soglia alla disciplina prevista per gli appalti sopra soglia: pertanto le offerte ritenute anomale saranno sempre da verificare in contraddittorio e non varrà più l'esclusione automatica sotto i 5 milioni di euro.

Progettazione e collaudo

È stato chiarito che la riduzione del 20% sui corrispettivi professionali a favore degli enti locali non è più applicabile in sede di calcolo dell'importo a base di gara, ma rientra nel ribasso che i concorrenti applicheranno in sede di offerta. Viene anche chiarito che alle gare di progettazione possono partecipare anche soggetti stabiliti in altri paesi membri dell'Unione europea, evitando possibili discriminazioni in base alla nazionalità dei concorrenti. Sui collaudi affidati all'interno delle stazioni appaltanti (a soggetti "con competenze relative all'oggetto contrattuale"), il provvedimento precisa che devono essere preventivamente definiti dei criteri che tengano conto della necessità di rispettare i principi di rotazione e trasparenza. Per l'affidamento di collaudi all'esterno si rinvia alla disciplina dei servizi di ingegneria e, quindi, all'obbligo di procedure di gara.

Subappalto

Sul subappalto è stata la Commissione europea ad imporre una modifica all'attuale articolo 37 che vieta il subappalto delle opere specialistiche e ad elevato contenuto tecnologico, imponendo una forma giuridica determinata (raggruppamenti temporanei di imprese di tipo verticale). Lo schema di decreto elimina l'obbligo di associazione e, per garantire una maggiore tutela per i subappaltatori di queste categorie di opere, prevede che il corrispettivo del subappalto corrisponda ad un ribasso non superiore all'8% rispetto ai prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione. In questo caso viene anche stabilito l'obbligo di corresponsione diretta da parte della stazione appaltante dell'importo delle prestazioni eseguite dai subappaltatori.

Garanzie

Il decreto, per la garanzia globale di esecuzione (performance bond), chiarisce che non è applicabile alle concessioni di lavori pubblici ma soltanto agli appalti, in quanto l'intervento di un garante non può essere richiesto per l'attività di gestione che può essere anche di durata pluriennale.

Rimanendo al tema delle garanzie il testo chiarisce poi che la presentazione delle due dichiarazioni bancarie deve avvenire in fase di offerta anche nei servizi e nelle forniture. Ammessa inoltre la riduzione del 50% delle cauzioni anche per gli appalti di forniture e servizi in caso di possesso della certificazione di qualità.

Qualificazione SOA

Per la qualificazione delle imprese di costruzioni si consente, fino al 2010, di documentare i requisiti della cifra di affari in lavori utilizzando i migliori cinque anni del decennio precedente alla gara, tutelando le piccole e medie imprese e nell'auspicio che questa agevolazione scoraggi il fenomeno delle offerte di eccessivo ribasso effettuate per acquisire lavori a tutti i costi per mantenere invariata la cifra d'affari globale.

Fallimento dell'appaltatore e risoluzione del contratto

Delle novità del provvedimento merita di essere segnalata la disposizione che riguarda l'articolo 140 il quale prevede, oggi, che in caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto per grave inadempimento, l'amministrazione possa procedere ad affidare l'appalto al secondo classificato e ai successivi in graduatoria e, in caso di indisponibilità dei candidati, possa procedere ad una procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara. Questa norma è stata fortemente criticata dalla Commissione europea che l'ha ritenuta in violazione della direttiva 2004/18, tanto che il terzo correttivo da un lato ha soppresso la possibilità di procedere con l'affidamento a trattativa privata senza bando, dall'altro ha limitato la possibilità di consultare gli altri offerenti fino al quinto in graduatoria. Sono state date ampie garanzie, così come richiesto dalla Commissione europea, ai prestatori di servizi di ingegneria e architettura di altri paesi europei, sulla partecipazione alle gare in Italia, in ossequio al principio di non discriminazione.

**Resp. Ufficio Legislativo OICE*