

Il Codice degli appalti

Progettazione e project financing nel terzo decreto correttivo. Trasparenza e snellimento delle procedure tra le principali modifiche

Andrea Mascolini*

Il terzo decreto correttivo del Codice approvato il primo agosto dal Consiglio dei Ministri firmato dal capo dello Stato l'11 settembre e ancora in attesa di pubblicazione sulla gazzetta ufficiale, ha in primo luogo lo scopo di dare risposta alle osservazioni della Commissione Europea che aveva aperto una procedura di infrazione contro l'Italia, nonché quello di tenere conto della sentenza della Corte di giustizia sulle offerte anomale. Strada facendo, però, come spesso accade, alle norme di "adeguamento comunitario", si sono aggiunte altre disposizioni tese a risolvere specifici problemi interpretativi, anche evidenziati da Consiglio di Stato e Corte dei conti negli ultimi mesi, oltre che dalle commissioni parlamentari che si sono espresse a fine luglio con due distinti pareri. Risulta difficile oggi dire se ci si fermerà a questa terza tornata di modifiche o se si andrà avanti; certamente prima dell'estate la delega per le "correzioni e integrazioni" al Codice è scaduta; ma una nuova delega non sarà un problema metterla a punto e farla approvare. In via generale si può dire che emerge, anche in questo terzo intervento sul Codice, l'esigenza di apportare modifiche che siano sempre rispettose dei principi di apertura del mercato e di promozione di una effettiva e corretta concorrenza tra gli operatori economici; a fianco a tale esigenza c'è poi quella di aumentare la trasparenza delle procedure, accentuando

le occasioni di verificabilità della legittimità della condotta sia degli operatori economici, sia delle stazioni appaltanti, nonché quella di snellimento delle procedure. Di seguito si illustrano le principali novità del provvedimento, con particolare riguardo al settore dell'ingegneria e dell'architettura e alla finanza di progetto.

Tariffe professionali e importo a base di gara per i progetti

Nel Codice dei contratti fino ad oggi non era stata adeguata la normativa preesistente alle disposizioni della Legge Bersani (che ha abrogato l'inderogabilità dei minimi). Con il terzo correttivo, all'articolo 92, viene quindi riprodotta la norma della Legge Bersani del 2006 che stabilisce che le stazioni appaltanti, motivandolo adeguatamente, possono utilizzare il d.m. 4 aprile 2001 (che contiene le tariffe applicabili nel settore pubblico) quale "criterio o base di riferimento per la determinazione dell'importo a base di gara". Inoltre si abroga il comma 4 dell'articolo 92 che richiamava la disposizione del 1989 (legge 155) che ammetteva lo sconto del 20% a favore degli enti pubblici si elimina (al comma 3) tale riferimento "ai fini della determinazione dell'importo a base di gara". Pertanto l'importo a base di gara non potrà più essere scontato dall'amministrazione, "a monte", del 20%, in conformità con quanto il Ministero delle infrastrutture aveva

stabilito con la Circolare del 16 novembre 2007, e sarà ricompreso nell'ambito del ribasso che sarà formulato in gara dai concorrenti. Il decreto aggiunge un nuovo comma dopo il settimo comma dell'articolo 92 per precisare che fra le spese tecniche da inserire nel quadro economico dell'appalto devono essere comprese quelle per l'assicurazione dei dipendenti e quelle di "carattere strumentale" sostenute dalle amministrazioni per ogni singolo intervento.

Qualificazione dei progettisti

Il decreto opportunamente accoglie l'istanza, avanzata anche dall'OICE tesa ad ottenere una maggiore flessibilità nella qualificazione per le gare di progettazione documentando alcuni requisiti con riferimento ad un arco temporale più ampio (se tre anni, con riguardo al quinquennio; se cinque anni con riferimento a dieci anni). La ratio della disposizione, come si legge anche nella relazione di accompagnamento al decreto, è quella di "agevolare per un periodo transitorio la dimostrazione dei requisiti richiesti ai professionisti per la partecipazione alle gare, recependo una condizione della VIII commissione del Senato nel parere reso in data 29 luglio 2008". In particolare si prevede che i progettisti si possano qualificare prendendo come riferimento:

- quando si richiedono tre anni di requisiti (ad esempio lettera d del comma 1 dell'articolo 66 del Dpr 554/99, il cd. "organico medio annuo"), i "migliori tre anni del quinquennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara";
- quando si richiedono cinque anni (lettera a del comma 1 dell'articolo 66, il fatturato globale per servizi di ingegneria), i "migliori

cinque anni del decennio precedente". Per gli altri requisiti su base decennale (lettera b e lettera c) del comma 1 dell'articolo 66 del Dpr 554/99) la norma non risulta applicabile; il Governo ha infatti ritenuto sufficiente l'arco temporale decennale e, quindi, non ha previsto una estensione del periodo documentale per provare i requisiti.

Tale possibilità viene data in via transitoria, come per le imprese di costruzioni, fino al 31 dicembre 2010.

Consorzi stabili di società di ingegneria.

All'articolo 90 viene chiarito espressamente che i consorzi stabili di società di ingegneria e di società di professionisti possono partecipare in raggruppamento temporaneo con altri progettisti; si sana così un evidente errore formale derivante dal mancato adeguamento normativo successivo all'introduzione dei consorzi stabili di società di ingegneria avvenuto nel 2002, di cui il legislatore non aveva preso atto. Il mancato richiamo dei consorzi fra i soggetti che si potevano raggruppare era stato peraltro censurato (a seguito di apposita iniziativa OICE) anche dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici con il parere n. 64 del 28 febbraio 2008 nel quale è stato anche precisato che l'articolo 34 comma 1 del decreto legislativo 163/06 "riconosce la possibilità di costituire raggruppamenti temporanei di concorrenti anche ai consorzi stabili".

Relativamente alla disciplina dei consorzi stabili va dato anche atto di un'altra modifica del decreto che rileva per i consorzi stabili di società di ingegneria, stante il richiamo all'articolo 36, comma 5 previsto all'articolo 90, comma 1, lettera h del Codice. In particolare la modifica introdotta dal nuovo provvedimento all'articolo 36, comma 5 è finalizzata a precisare che, in generale, i consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre e solamente a questi ultimi è fatto divieto di partecipare alla medesima gara. Come sanzione per l'inosservanza di questo divieto la norma

prevede che scatti la fattispecie penale della turbata libertà degli incanti. L'articolo prevede poi una deroga che si applica qualora le stazioni appaltanti si avvalgano della facoltà di cui all'articolo 122, comma 9, e all'articolo 124, comma 8, (cioè di procedere esclusione automatica delle offerte anomale); in questo caso è vietata in assoluto la partecipazione alla medesima procedura di affidamento del consorzio stabile e dei consorziati e, anche in questa ipotesi, si applica l'articolo 353 del codice penale in caso di inosservanza di tale divieto.

Appalto integrato e stipula dei contratti

Il decreto correttivo interviene sull'articolo 53 del Codice, innanzitutto stabilendo che, ai fini della valutazione del progetto, il regolamento disciplini, per gli appalti integrati affidati sulla base del progetto definitivo, così come previsto per gli stessi appalti affidati sulla base del progetto preliminare, i fattori ponderali da assegnare ai cosiddetti pesi o punteggi, al fine di valorizzare la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali e le caratteristiche ambientali.

Si tratta di una disposizione di principio che richiama l'analoga norma, proposta dall'OICE e contenuta nella bozza di regolamento con la quale si chiede alle stazioni appaltanti di assegnare più di 65 punti agli elementi qualitativi dell'offerta. Di interesse anche la modifica che elimina l'obbligo, nelle offerte presentate per l'aggiudicazione di appalti integrati, di indicare i costi per il progetto, da quelli per l'esecuzione dei lavori. L'offerta sarà adesso unica.

Con una modifica apportata dal nuovo decreto alla norma transitoria sulla disciplina applicabile all'appalto integrato (art. 256, comma 1-quinquies), si chiarisce che, fino all'emanazione del regolamento del Codice, per gli appalti integrati non si applicheranno le disposizioni dell'articolo 53, bensì le analoghe norme della Legge Merloni (109 del 1994), cioè gli articoli 19 e 20, come peraltro già accade, per prassi, oggi nonostante il vuoto normativo finora lasciato dal secondo decreto correttivo. Con una modifica al comma 4 dello stesso

articolo 53 si sana una anomalia derivante dalla mancata trasposizione di due disposizioni dell'articolo 19 della legge Merloni in materia di stipula dei contratti. In particolare, nel nuovo testo è previsto che la regola generale sia che i contratti siano stipulati a corpo con un evidente risparmio di spesa per le amministrazioni pubbliche, ma con la facoltà delle stazioni appaltanti di stipulare a misura i contratti di appalto di sola esecuzione di importo inferiore a 500.000 euro, i contratti di appalto relativi a manutenzione, restauro e scavi archeologici, nonché le opere in sotterraneo, comprese le opere in fondazione, e quelle di consolidamento dei terreni.

La riforma della finanza di progetto

La riforma della finanza di progetto era stata richiesta da tutti gli operatori del settore dopo che il secondo decreto correttivo aveva eliminato il cosiddetto diritto di prelazione a favore del promotore. Netto è stato infatti il calo delle iniziative private in quest'ultimo anno; da ciò la decisione del Ministero delle infrastrutture di revisionare profondamente la disciplina per cercare di raggiungere l'obiettivo del raddoppio delle iniziative con capitale privato entro due, tre anni.

Nel merito si prevedono diverse e articolate fattispecie procedurali:

a) La presentazione di studi di fattibilità. A monte è prevista una ipotesi che, relativamente ai lavori non presenti negli strumenti di programmazione approvati, consente ai privati (progettisti, imprese, gestori, camere di commercio) di presentare sotto forma di studi di fattibilità, proposte che l'amministrazione può inserire in programmazione se, entro sei mesi dalla loro presentazione, le ha ritenute di pubblico interesse, senza che ciò comporti alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione dei lavori, né alla gestione dei relativi servizi. Successivamente scattano le procedure per l'affidamento della concessione previste dalla nuova disciplina per le opere in programmazione realizzabili con fondi

privati.

b) La gara unica

La prima procedura, disciplinata ai commi da l a l4, recepisce l'istanza della gara unica, ma senza diritto di prelazione per il promotore. Si prevede che l'amministrazione pubblici un bando di gara per l'individuazione del promotore, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ponendo a base di gara lo studio di fattibilità; alla gara possono partecipare i soggetti che abbiano i requisiti previsti dal regolamento per il concessionario, anche associando o consorziando altri soggetti. Le offerte devono contenere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da una banca. A seguito della gara (in verità molto simile alla procedura per affidamento di una concessione su iniziativa pubblica) l'amministrazione nomina promotore il soggetto che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa e procede all'approvazione del progetto preliminare offerto dal promotore. Qui si aprono due varianti: se il progetto deve essere modificato e il promotore accetta di farlo, si stipula il contratto di affidamento della concessione; se invece il promotore non accetta le modifiche, l'amministrazione può aggiudicare la concessione, mediante scorrimento della graduatoria, al primo soggetto che accetta le modifiche progettuali alle stesse condizioni proposte al promotore, rimanendo quest'ultimo titolare del diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta.

c) La gara in due fasi con la prelazione a favore del promotore

In base al comma 15 del nuovo articolo 153 del Codice, l'amministrazione può seguire una seconda strada adottando due procedure selettive in sequenza; prima individua il promotore dal quale acquisire il progetto preliminare, e poi l'affidatario della concessione, prevedendo però il diritto di prelazione del promotore. A seguito della prima procedura selettiva

l'amministrazione approva il progetto preliminare offerto dal promotore e indice la seconda procedura, ponendo a base di gara il progetto preliminare offerto dal promotore. Alla fine della gara scatta il diritto di prelazione in capo al promotore a condizione che intenda adeguare la propria offerta a quella risultata economicamente più vantaggiosa. In questo caso il promotore deve adattare la proposta alla migliore offerta entro 45 giorni, pena l'aggiudicazione del contratto al migliore offerente, con corresponsione delle sole spese al promotore.

d) La procedura di finanza di progetto su opere di cui non è stato pubblicato il bando

Infine i commi 16, 17 e 18 della nuova norma prevedono che la procedura di realizzazione dei lavori pubblici con il sistema della finanza di progetto, possa essere avviata anche ad iniziativa del soggetto privato, in caso di mancata pubblicazione, da parte dell'amministrazione, entro sei mesi dalla approvazione dell'elenco annuale dei lavori pubblici, del bando per l'individuazione del promotore. Nei successivi quattro mesi i privati possono presentare una proposta, contenente il progetto preliminare. L'amministrazione, anche qualora sia pervenuta una sola proposta, pubblica un avviso contenente i criteri di valutazione delle proposte stesse sotto il profilo del pubblico interesse. A seguito dell'avviso, entro novanta giorni dalla pubblicazione dello stesso, sia nuovi soggetti privati che i soggetti che hanno già presentato le proposte possono presentare eventuali proposte alla luce dei criteri indicati nell'avviso; le amministrazioni sono tenute ad esaminare dette proposte, unitamente alle proposte già presentate e non rielaborate, entro sei mesi dalla scadenza di detto termine. Le amministrazioni aggiudicatrici, verificato preliminarmente il possesso dei requisiti, individuano la proposta ritenuta di pubblico interesse. A questo punto si può indire, se il progetto preliminare necessita di modifiche, un dialogo competitivo

ponendo a base di esso il progetto preliminare e la proposta; invece, nel caso in cui il progetto preliminare non necessiti di essere modificato, può invece alternativamente indire una concessione ai sensi dell'articolo 143, invitando alla gara il promotore, ovvero una procedura selettiva ai sensi del comma 15, con il diritto di prelazione per il promotore. Se il promotore non partecipa alle gare, l'amministrazione aggiudicatrice incamera la garanzia di cui all'articolo 75. Se il promotore non risulta aggiudicatario nella procedura di dialogo competitivo ha diritto al rimborso, con onere a carico dell'affidatario, delle spese sostenute; se non risulta aggiudicatario nelle altre due procedure, il promotore può esercitare il diritto di prelazione.

Collaudi

Dopo avere precisato, con una modifica all'articolo 90, che anche per gli incarichi di collaudo vanno seguite le procedure di evidenza pubblica nel caso di affidamento a soggetti esterni alle amministrazioni aggiudicatrici, il decreto si occupa di precisare le regole per l'affidamento all'interno delle stazioni appaltanti degli incarichi di collaudo, attività definita "propria delle stazioni appaltanti". In questi casi il collaudatore (dipendente della stazione appaltante o di altre amministrazioni) dovrà essere un soggetto "con elevata e specifica qualificazione in riferimento all'oggetto del contratto, alla complessità e all'importo delle prestazioni". La scelta, che dovrà essere motivata anche con riguardo a "specifici requisiti di competenza ed esperienza", non potrà avvenire a caso ma in base a "criteri da fissare preventivamente, nel rispetto dei principi di rotazione e trasparenza". Nel caso di interventi finanziati da più amministrazioni aggiudicatrici, la stazione appaltante farà ricorso prioritariamente a dipendenti appartenenti a dette amministrazioni aggiudicatrici sulla base di specifiche intese che disciplinano i rapporti tra le stesse."

*Dir. Ufficio Legislativo OICE