

La realizzazione dei lavori pubblici - Il nuovo Codice degli appalti

Daniela Albonetti

Cap. I

Legislazione

La normativa fondamentale sui lavori pubblici è costituita dal D.Lgs. n. 50/2016 “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture” (nella presente Parte: “Codice” oppure “nuovo Codice”), il quale ha sostituito il D.Lgs. n. 163/2006 (“vecchio Codice”). Continuano ad essere in vigore diversi articoli del D.P.R. n. 207/2010 “Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»” (d’ora in avanti “Regolamento”) ed anche alcuni articoli del D.M. 145/2000. Completano il corpus normativo i numerosi atti (decreti e Linee guida) che sono o devono essere ancora emanati in ossequio al Codice.

Si premette che nella presente Parte verranno considerate solamente le linee guida che hanno completato il loro iter di approvazione e non quelle in corso di emanazione e si cercherà di evidenziare le modifiche di maggior rilievo che sono avvenute nell’ambito dei lavori pubblici rispetto all’edizione precedente.

Il Codice è stato oggetto di una profonda rivisitazione ad opera del D.Lgs. 56/2017, nel prosieguo “Correttivo”.

La Raccomandazione UE 2017/1805 della Commissione Europea del 3.10.2017 relativa alla professionalizzazione degli appalti pubblici insiste ad applicare la politica di professionalizzazione incoraggiando e sostenendo l’attuazione di strategie di cooperazioni appropriate per appalti pubblici più coordinati, efficienti e strategici.

1. Il Codice

Il Codice costituisce il recepimento delle seguenti direttive UE pubblicate nel 2014:

- 2014/23/UE sulle *concessioni di lavori e di servizi nei settori ordinari*;
- 2014/24/UE sugli *appalti nei settori ordinari* (ossia diversi da quelli speciali);
- 2014/25/UE sugli *appalti nei settori speciali* (acqua, energia, trasporti e servizi postali).

Restano esclusi dal Codice (e dalle direttive) l’affitto e la locazione di beni e terreni pubblici in cui sia presente solo una regolamentazione generale, in particolare riferita al rispetto della destinazione d’uso, agli obblighi del locatore sulla manutenzione, alla restituzione del bene al termine della locazione: quella che secondo la normativa italiana è la concessione amministrativa.

Il nuovo Codice affida alle linee guida una molteplicità di materie che precedentemente erano state oggetto di disciplina da parte del Regolamento di attuazione del Codice. È quello che è stato definito un sistema di soft law ossia strumenti di regolazione flessibile (linee guida, capitoli tipo, bandi tipo, contratti tipo) che devono essere emanati nel rispetto del divieto di gold plating, ossia del divieto di introdurre oneri burocratici non essenziali (principi di semplificazione e flessibilità, livelli minimi di regolazione); resta da domandarsi quale semplificazione comporta la sostituzione di un unico regolamento con una molteplicità di atti, alcuni dei quali vincolanti altri no (e già si sta discutendo su quali sono vincolanti o meno). Tali norme normalmente non creano obblighi giuridici tra le parti contraenti ma solo impegni il cui rispetto è rimesso alla volontà delle parti.

Il nuovo Codice prevede tre livelli di soft law tutte giustiziabili avanti il giudice amministrativo:

- *decreti ministeriali* contenenti le linee guida adottate su proposta dell’ANAC: sono veri e propri regolamenti previsti dall’art. 17 legge n. 400/1988. Il Consiglio di Stato nel parere n. 1767/2016 ha precisato che tali decreti, essendo privi di immediata

lesività per la loro natura sostanzialmente normativa, potranno essere impugnati unitamente al provvedimento della Stazione Appaltante (S.A) che ad essi dà attuazione. Non può però escludersi che particolari enti, portatori di interessi diffusi, possano essere legittimati ad un'impugnazione immediata senza che sia necessario attendere il provvedimento di svolgimento attuativo. Pare che sia intenzione della Cabina di Regia (costituita ai sensi dell'art. 212 Codice ed il cui funzionamento è stato disciplinato dal DPCM 10/8/2016), nell'ottica della semplificazione, accorpate in un unico testo tutti i (numerosi) decreti previsti dal Codice;

- *linee guida vincolanti* dell'ANAC: sono atti amministrativi generali, di regolazione di un'Autorità indipendente (ANAC) e devono seguire alcune garanzie procedurali minime (consultazione pubblica, VIR, pubblicazione). Sempre il C.d.S. nel parere n. 1767/2016: la "vincolatività" non esaurisce sempre la "discrezionalità" esecutiva delle amministrazioni. Occorre infatti valutare di volta in volta la natura del precetto per stabilire se esso sia compatibile con un ulteriore svolgimento da parte delle singole Stazioni Appaltanti (SS.AA) di proprie attività valutative e decisionali;

- *linee guida non vincolanti* dell'ANAC: hanno valore di indirizzo a fini di orientamento. Traggono la loro forza dalla *moral suasion*, derivante dalla riconosciuta autorità del soggetto che la emana.

In tutto sono circa 60 i provvedimenti che devono essere emanati in esecuzione del Codice, con buona pace della semplificazione. Molti dei termini previsti per l'emanazione dei suddetti decreti e linee guida sono già trascorsi, invano.

Le disposizioni del Codice sono prevalentemente rivolte agli appalti di rilevanza comunitaria. La disciplina del sottosoglia apparentemente è costituita dal solo art. 36 del Codice. In realtà diverse disposizioni inerenti il sottosoglia sono sparse per tutto il Codice, oltre che ad essere oggetto di apposita Linea Guida ANAC (la n. 5/2016); il C.d.S. è prontamente intervenuto con proprio parere n. 1903/2016 (pur non essendo obbligatorio) sostenendo che tali linee guida non sono vincolanti (nonostante siano previste nell'art. 36 Codice), hanno lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle SS.AA le quali hanno pertanto la facoltà di discostarsene, motivando puntualmente e adeguatamente.

2. Il Regolamento

Il Regolamento è stato abrogato dal Codice, ma con efficacia differita per diversi articoli; il Regolamento risulterà abrogato anche in tali articoli a partire dalla emanazione dei vari decreti o linee guida che dovranno essere emanati in sua sostituzione.

Il Regolamento si applica interamente alle amministrazioni ed enti statali.

Le regioni a statuto ordinario e le altre amministrazioni o soggetti equiparati (tra cui gli enti locali) applicavano le disposizioni elencate all'art. 1, c. 3 del Regolamento in quanto rientranti in ambiti di legislazione statale esclusiva; applicavano altresì le disposizioni elencate all'art. 1 c. 4 fino a quando la Regione non avrà adeguato la propria legislazione ai principi desumibili dal Codice. L'art. 1 è stato abrogato con conseguente incertezza sulla sua applicazione.

Alle Regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e Bolzano il Regolamento si applica limitatamente alle disposizioni che attuano norme del Codice che rientrano nella competenza legislativa statale esclusiva.

3. Le direttive UE - le soglie comunitarie

La legislazione nazionale in materia di contratti (procurement) deve essere conforme alle direttive europee (che sono già state citate in apertura). Le direttive si applicano ai contratti pari o superiori alle soglie fissate dalla Commissione. Con Regolamento (UE) n. 2015/2170 della Commissione del 24.11.2015, tramite una modifica alla direttiva 2014/24/UE sono state fissate le soglie comunitarie valevoli dal 1° gennaio 2016 e fino al 31 dicembre 2017.

Nei settori ordinari sono le seguenti:

- € 209.000 per forniture e servizi (€ 135.000 se aggiudicati dalle AA.AA che sono autorità governative centrali);

- € 5.225.000 per lavori.

Nei settori speciali, regolamentati dalla direttiva 2014/25/UE, le soglie sono le seguenti:

- € 418.000 per forniture e servizi;

- € 5.225.000 per lavori.

Parimenti con il Regolamento della Commissione europea n. 2015/2172 del 24.11.2015 è stata modificata la soglia per le concessioni, fissandola in € 5.225.000.

4. *La competenza legislativa delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano (art. 2 Codice)*

La competenza delle Regioni è disciplinata all'art. 2 Codice il quale fa rinvio alla Costituzione. Il Codice precisa che le disposizioni ivi contenute sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto. L'art. 2, comma 3, del Codice, nella parte in cui stabilisce che «le Regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione», impone anche alle Regioni ad autonomia speciale di conformare la propria legislazione in materia di appalti pubblici a quanto stabilito dal Codice stesso.

Tale previsione viene ripresa in più punti del Codice. Un'eccezione è prevista all'art. 105 c. 21 ove è lasciata la possibilità alle Regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e Bolzano, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori.

Si ritiene che poco spazio residui per la competenza legislativa delle Regioni, anche a statuto speciale. Non si è voluto ripetere l'esperienza del vecchio Codice che aveva portato di necessità l'intervento della Corte Costituzionale. Si ricorda infatti che la Corte costituzionale con la sentenza n. 411/2008 aveva già precisato che sono ambiti compresi nella materia della tutela della concorrenza le norme: sulle procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti; sulle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; sui criteri di aggiudicazione, progettazione e tipologie progettuali; sulla validazione dei progetti; sulla pubblicazione dei bandi di gara; sulla disciplina delle cause di esclusione dalle gare, con l'introduzione di ulteriori ipotesi, fra le quali quella della mancata effettuazione del sopralluogo secondo le modalità fissate dalla S.A.; sul riconoscimento del diritto di prelazione del promotore rispetto al vincitore della gara; sull'individuazione di ipotesi peculiari di ricorso alla (allora) trattativa privata (ora procedura negoziata); sull'individuazione delle garanzie ed assicurazioni a corredo dell'offerta.

Cap. II Definizioni e disposizioni comuni

1. *I soggetti tenuti all'applicazione delle disposizioni del Codice in materia di lavori pubblici (art. 1 Codice)*

Estrapolando dall'art. 1 Codice, i soggetti che sono tenuti all'applicazione della normativa sui lavori pubblici nei settori ordinari risultano i seguenti:

- Amministrazioni aggiudicatrici (AA.AA) ossia amministrazioni dello Stato; enti pubblici territoriali; altri enti pubblici non economici; organismi di diritto pubblico; associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti;
- Soggetti privati che svolgono lavori di cui all'allegato I e lavori di edilizia relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari, edifici destinati a funzioni pubbliche amministrative, di importo superiore a un milione di euro, per la cui realizzazione sia previsto, da parte di AA.AA, un contributo diretto superiore al 50% dell'importo dei lavori. Non si applicano i seguenti articoli del Codice: 21 relativamente all'attività di programmazione, 70 e 113. Per la fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme sul collaudo. Il provvedimento che concede il contributo deve porre come condizione il rispetto, da parte del soggetto beneficiario, delle norme del Codice. Fatto salvo quanto previsto dalle eventuali leggi che prevedono le sovvenzioni, il 50% delle stesse può essere erogato solo dopo l'avvenuto affidamento dell'appalto, previa verifica, da parte del sovvenzionatore, che la procedura di affidamento si è svolta nel rispetto del Codice. Il mancato rispetto del Codice costituisce causa di decadenza dal contributo;
- Concessionari di lavori pubblici che non sono AA.AA;
- Concessionari di servizi quando i lavori sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'Amministrazione aggiudicatrice (A.A). Non si applicano i seguenti articoli del Codice: 21 relativamente all'attività di programmazione, 70 e 113. Per la fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme sul collaudo;
- Società con capitale pubblico anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di

beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza. Ad essi si applica la disciplina prevista dai testi unici sui servizi pubblici locali di interesse economico generale e in materia di società a partecipazione pubblica (ora *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica approvato con D.Lgs. n. 175/2016*). Non si applicano i seguenti articoli del Codice: 21 relativamente all'attività di programmazione, 70 e 113. Per la fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme sul collaudo. Queste società non sono tenute all'applicazione del Codice, limitatamente alla realizzazione dell'opera pubblica per la quale è stata specificamente costituita, se la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;

- Soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scemputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, del D.P.R. n. 380/2001, e dell'art. 28, comma 5 della legge n. 1150/1942, ovvero eseguono le relative opere in regime di convenzione (in alternativa alla gara svolta direttamente dall'Amministrazione che rilascia il permesso di costruire). Non si applicano i seguenti articoli del Codice: 21 relativamente all'attività di programmazione, 70 e 113. Per la fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme sul collaudo. Si rinvia all'apposito paragrafo;

- Enti aggiudicatori che operano nei settori del gas, energia termica ed elettricità, acqua, servizi postali, prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi, porti e aeroporti.

A questi soggetti si devono aggiungere le società in house, a seguito dell'obbligo previsto dall'art. 16 c. 7 D.Lgs. 175/2016.

2. Definizione di lavori pubblici (art. 3 Codice)

Il Codice fornisce una definizione sia di lavori pubblici che di opere pubbliche, ora accumulati dalla medesima disciplina normativa.

Sono lavori pubblici (lettera nn, art. 3, c. 1 Codice) di cui all'allegato I Codice le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione urbanistica ed edilizia, sostituzione, restauro, manutenzione di opere; sono opere pubbliche (lett. pp, art. 3, c. 1 Codice) il risultato di un insieme di lavori, che di per sé esplicano una funzione economica o tecnica e comprendono sia il risultato di un insieme di lavori

edilizi o di genio civile, sia quelle di difesa e di presidio ambientale ecc. Secondo la direttiva 2014/24/UE art. 2 punto 9 i lavori rientrano nella più ampia categoria dei servizi.

Importante risulta distinguere le opere pubbliche dalle forniture e dai servizi pubblici, in quanto soggetti a discipline diverse; si pensi solamente all'importo che determina l'applicazione delle norme sopra o sotto la soglia comunitaria, differenziato a seconda che si tratti di forniture o servizi da una parte oppure di lavori dall'altra. Per la Corte di Giustizia Europea (sentenza c-292/07) un indice dell'esistenza di un appalto di lavori pubblici, anziché di fornitura, è l'assimilabilità dell'opera ad una delle opere tipizzate dall'allegato I del Codice.

Ricadono nell'ambito dei lavori pubblici (e non dei servizi o delle forniture con posa in opera) le attività che comportano una *modificazione essenziale della realtà fisica, con l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi* che incidono profondamente sulla struttura di opere o impianti. Occorre fare riferimento al criterio basato sulla valutazione della prevalenza funzionale delle prestazioni, nel senso che, quando l'appalto è funzionale alla realizzazione o alla modificazione di un'opera di ingegneria civile, si applica la normativa dei lavori pubblici quali che siano gli importi economici della fornitura e del lavoro (ad esempio sono lavori pubblici tutte le attività inerenti a beni o impianti che si concretino in una rielaborazione o trasformazione della materia). Viceversa è configurabile un contratto di fornitura (con posa in opera) nel caso in cui si intenda conseguire una prestazione avente per oggetto una merce, o un prodotto, che autonomamente soddisfa il bisogno. In tal caso gli eventuali lavori di posa e installazione del bene fornito sono di carattere accessorio e strumentale rispetto all'uso dello stesso. Di conseguenza è da ritenere che quando opere e impianti vanno inseriti in un organismo di ingegneria civile, commerciale o industriale, non è consentito dare rilievo alle forniture, anche se di valore superiore al 50%. Ciò in quanto in ogni appalto di lavori vi è una componente, talora economicamente prevalente, di forniture, ma detto appalto non muta natura quando l'opera si realizza o si modifica per consentire un'attività che costituisce finalità della iniziativa della pubblica amministrazione (P.A) - delibera AVCP 81/2011.

Tale distinzione è particolarmente sottile nell'ambito delle manutenzioni, che sono ricomprese a livello del Codice nell'ambito dei lavori. Tale distinzione ha più volte comportato l'intervento

dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) ora confluita nell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) e che si può così riassumere: si applica la normativa sui lavori pubblici se l'attività comporta una modificazione della realtà fisica, con l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale (pareri AVCP 62/2008 e 55/2007). I "lavori" di verde pubblico sono da annoverare tra i servizi se limitati ad attività di cura e regolazione di quanto esistente (ad es. rasatura, irrigazione, concimazione, posatura, decespugliamento, ecc.), in caso contrario sono contratti di lavori pubblici (delibera AVCP 72/2007). Altro utile strumento è l'utilizzo del CPV; d'altronde lo stesso art. 1, c. 8 Codice prevede che i riferimenti a nomenclature nel contesto degli appalti pubblici e nel contesto dell'aggiudicazione di concessioni sono effettuati utilizzando il «Vocabolario comune per gli appalti pubblici» (CPV) adottato dal regolamento (CE) n. 2195/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio (come modificato dal Regolamento (CE) n. 213/2008 del 28/11/2007). Tale elenco presenta una distinzione tra lavori, servizi e forniture. Rientrano nella nozione di "opere pubbliche" anche le opere di interesse generale (quali i parcheggi) se realizzate su aree pubbliche destinate a tornare in regime di "piena proprietà" nel patrimonio dell'ente allo scadere del termine di durata del diritto di superficie (determinazione AVCP 8/2005).

3. Contratti misti di lavori, forniture e servizi (art. 28 Codice)

Il contratto misto è un contratto in cui confluiscono, in unico schema negoziale, una serie di prestazioni riconducibili ad almeno due delle fattispecie contrattuali tra lavori, servizi e forniture, oppure tra appalti e concessioni, oppure tra settori ordinari e settori speciali. Se è possibile è meglio affidare tali prestazioni separatamente (criterio della combinazione: a ciascuna parte distinta si applica un contratto distinto, che conferma il favor del legislatore per la suddivisione degli appalti in specifici contratti) oppure si applica il criterio della prevalenza, ossia dell'oggetto principale del contratto. Regole particolari valgono per i settori speciali.

In ogni caso l'operatore economico che concorre ad un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione (costituiti dai requisiti di capacità generale, economico finanziaria e tecnico organizzativa)

relativi a ciascuna delle prestazioni (lavori, forniture e servizi) comprese nel contratto stesso.

3.1. Il *global service*

Tra i contratti misti rientra il *global service*, contratto destinato alla gestione del patrimonio immobiliare e ricomprende l'insieme di attività (o anche solo alcune) finalizzate al censimento, alla gestione (pulizia, riscaldamento e climatizzazione) e alla manutenzione dei beni immobili di proprietà dell'ente pubblico. Il contratto di "global service" è uno strumento di gestione e manutenzione dei complessi immobiliari qualificabile come contratto misto, in cui le prestazioni oggetto della procedura di aggiudicazione e del successivo contratto sono eterogenee, ascrivibili ai settori dei lavori, dei servizi e delle forniture (parere AVCP sulla Normativa del 25.9.2008 - rif. AG25-08).

La norma UNI 10658 del 1998 ha definito il *global service* come il contratto basato sui risultati: esso comprende una pluralità di servizi sostitutivi delle ordinarie attività di manutenzione con piena responsabilità dei risultati da parte dell'assuntore (monitoraggi, pianificazione degli interventi manutentivi, progettazione esecutiva degli stessi, esecuzione operativa, gestione delle banche dati, report statistici, ecc.). Può inglobare interventi di manutenzione straordinaria solo se accessori rispetto all'oggetto dell'appalto (C.d.S. n. 276/2016).

Il contratto di *global service* presenta due principali problemi, ragione per cui occorre circondare di ogni cautela la scelta di tale modalità di gestione. Innanzitutto è tipologia contrattuale a forte rischio di lesione dei principi della concorrenza, in quanto, riunendo in un unico contratto tipologie disparate di prestazioni, di solito premia le imprese più strutturate. Inoltre l'attività di *governance* che viene posta in carico ai privati fa lievitare notevolmente il corrispettivo, tanto più che l'esternalizzazione comporta comunque la necessità da parte della S.A di vigilare sull'esecuzione del contratto per controllare che esso venga regolarmente eseguito e quindi almeno una parte di dipendenti pubblici deve continuare a restare all'interno della P.A. Si può concludere che, oltre al danno alla concorrenza che costituisce la soglia minima del pregiudizio, può essere addebitato a tale tipo di contratto anche l'importo delle disconomie. Per tali motivi la decisione di ricorrere al contratto di *global service* va motivata e preceduta da approfondita valutazione preliminare della sua convenienza rispetto ad appalti separati. Si ricorda

che a partire dal 2011 (con la legge n. 180/2011), al fine di agevolare la partecipazione delle micro-piccole-medie imprese, è stato superato il principio generale di evitare il frazionamento delle opere invitando, al contrario, a suddividere gli appalti in lotti o lavorazioni, fermo restando il rispetto della disciplina dettata dal Codice e la necessità di non fare aumentare i costi; poi, con il D.L. n. 69/2013, il principio è stato ribaltato: è la scelta di non suddividere gli appalti in lotti a dover essere motivata (apply or explain: applica o spiega); si è così anticipato quanto ora contenuto nella direttiva 2014/24/UE prima e nel Codice poi. L'ANAC con il parere n. 207/2015 ha precisato che la mancata suddivisione in lotti non può essere giustificata con la difficoltà di gestione delle interferenze e il dispendio di risorse interne da dedicare alla gestione di fornitori diversi, che non può essere risolta con l'affidamento unitario, bensì attraverso un'adeguata attività di coordinamento. Per l'affidamento si segue la regola generale illustrata per i contratti misti.

4. *Contratti esclusi (articoli dal 4 al 20 Codice)*

Sono esclusi dal Codice i contratti disciplinati nel Titolo II della Parte I del Codice, sottratti (in tutto o in parte) alla disciplina del Codice stesso. Per quanto riguarda i lavori sono interessanti i seguenti:

- contratti di sponsorizzazione, ossia i contratti a prestazioni corrispettive mediante i quali l'ente locale (*sponsee*) offre a un terzo (sponsor), che si obbliga a pagare un determinato corrispettivo, la possibilità di pubblicizzare nome, logo, marchio o prodotti. Il corrispettivo può essere rappresentato anche da un contributo in beni, servizi o lavori. Si rinvia al paragrafo n. 6;
- opere pubbliche realizzate a spese del privato, ossia opere totalmente gratuite. Si rinvia al paragrafo n. 7.

Per questi contratti si applicano le disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241/1990, le disposizioni stabilite dal codice civile ed i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica (che sono regole che attengono al buon andamento dell'amministrazione).

5. *La Qualificazione delle stazioni appaltanti e le centrali di committenza (artt. 37 e 38 Codice)*

La novità del Codice è la necessità di qualificare anche le SS.AA, ossia la S.A può operare solo fino

a certi importi, in base alla propria qualificazione. Fino a quando non saranno emanate le linee guida la qualificazione si acquisisce semplicemente tramite l'iscrizione alla anagrafe unica stazioni appaltanti - AUSA (art. 216, c. 10 Codice).

Il divieto generale di affidare le funzioni di S.A a soggetti pubblici o privati, già previsto nella legge Merloni (n. 109/1994) e poi ripreso nel vecchio Codice, aveva in seguito subito diverse eccezioni, prima con il piano straordinario contro le mafie (legge n. 136/2010) e poi con il D.P.C.M. 30.6.2011, per disciplinare le competenze e i profili organizzativi della Stazione Unica Appaltante (SUA). Tale divieto non è stato ripreso nel Codice in quanto la tendenza attuale è quella di concentrare gli acquisti in pochi soggetti, al fine di usufruire di economie di scala e di evitare i diffusi fenomeni di corruzione; anzi, all'opposto, si è reso obbligatorio il ricorso alle centrali di committenza o altri soggetti aggregatori.

La definizione di "centrale di committenza" si trova nell'art. 3, c. 1, lett. i) Codice: è un'A.A che fornisce attività di centralizzazione della committenza e, se del caso, attività di committenza ausiliaria. L'accentramento può riguardare anche solo le procedure di affidamento, e poi ogni Comune rimane responsabile delle fasi a monte (programmazione/progettazione) e a valle (esecuzione). L'istituzione della centrale di committenza, in termini generali, risponde alle esigenze di specializzazione nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, nella necessità di razionalizzare la spesa pubblica, anche mediante l'accorpamento degli appalti, nel rispetto dei principi di economicità e trasparenza delle procedure, nel rispetto della tutela dei lavoratori e delle forme di contrasto alla criminalità organizzata. Il rapporto che si costituisce tra enti aggiudicatori e tale soggetto può essere ricondotto alla delegazione interorganica che consente la produzione di attività tramite un soggetto distinto ma rientrante nel proprio apparato organizzativo.

Il ricorso alle Centrali di Committenza è obbligatorio per tutti gli appalti e per le concessioni di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro. L'art. 37, c. 4 Codice, prevede che i Comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di lavori, beni e servizi tramite una di queste forme:

- ricorso a centrale di committenza;
- ricorso ad un soggetto aggregatore qualificato;
- unioni dei comuni di cui all'art. 32 del D.Lgs. n. 267/2000, costituite e qualificate come centrali di committenza;

- associarsi in centrale di committenza nelle forme previste dall'ordinamento;
- costituire un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi,
- ricorso alla Stazione unica appaltante costituita presso le province, le città metropolitane e gli enti di area vasta ai sensi della legge n. 56/2014.

Sulla scia di tale obbligo i Comuni si sono attivati per costituire le centrali di committenza, tramite apposite convenzioni ex art. 30, D.Lgs. n. 267/2000 (la cui legittimità è stata confermata dalle determinazioni ANAC n. 3/2015 e n. 11/2015). I rapporti tra centrale ed enti aderenti sono regolati dalla convenzione che, in caso coinvolga più enti, deve manifestarsi con contenuti identici in relazione agli aspetti su cui si manifesta l'attività della centrale.

Per quanto riguarda i soggetti aggregatori (previsti dall'art. 9, D.L. 66/2014), con DPCM 11/11/2014 sono stati fissati i requisiti per l'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori e con DPCM 14/11/2014 è stato istituito il tavolo tecnico dei soggetti aggregatori. Con la delibera n. 58/2015 l'ANAC ha assunto il provvedimento ricognitivo finale contenente l'elenco dei Soggetti aggregatori. È previsto che questi soggetti aggregatori dovranno occuparsi delle maxi procedure necessarie per l'acquisizione di quei beni e di quei servizi che rientrano nelle categorie e nelle soglie individuate al Tavolo nazionale; ne restano quindi esclusi i lavori.

A fianco di tali norme ve ne sono poi altre. Nella tabella che segue si riepilogano le varie situazioni, con particolare riferimento ai lavori.

Tipologia lavori	Comune capoluogo (A)	Comune non capoluogo
Facility management immobili, pulizia immobili, manutenzione immobili e impianti > soglia comunitaria annui (DPCM 24/12/2015 di cui all'art. 9, c. 3 D.L. n. 66/2014)	Obbligo soggetti aggregatori (Consip, Città Metropolitana, CR)	idem come (A)
Servizi informatici e connettività (art. 1, c. 516 legge n. 208/2015)	Obbligo Consip e soggetti aggregatori e CR. Se non disponibile o idoneo, o urgente, possibile deroga su autorizzazione motivata organo di vertice amm.vo (segretario/direttore generale); il provvedimento va inviato a ANAC e Agid	idem come (A)
F/S/L < 1.000 € (art. 37, D.Lgs. n. 50/2016)	Nessun vincolo, neanche Mepa	idem come (A)
F/S < 40.000 € (art. 37, D.Lgs. n. 50/2016)	AUTONOMI (non obbligo della Centrale di Committenza)	idem come (A)
Lavori < 150.000,00 € (art. 37, D.Lgs. n. 50/2016)	AUTONOMI (non obbligo della Centrale di Committenza)	idem come (A)
F/S ≥ 40.000,00 € < soglia comunitaria; L di manutenzione ordinaria ≥ 150.000,00 € < 1.000.000 € (art. 37, D.Lgs. n. 50/2016)	Se S.A Qualificata : strumenti telematici di Centrale di Committenza qualificata. Se non disponibili: possibile procedura del Codice (oppure ricorso a Centrale di committenza o aggregazione con S.A qualificata) se S.A NON qualificata : Centrale di Committenza (qualificata) oppure aggregazione con SS.AA con necessaria qualifica	Se S.A Qualificata : strumenti telematici di Centrale di Committenza qualificata. Se non disponibile vedi casella successiva. se S.A NON qualificata : Centrale di Committenza Regionale o CUC o soggetti aggregatori o SUA qualificati
F/S ≥ soglia comunitaria L di manutenzione ordinaria ≥ 1.000.000,00 € L NON di manutenzione ordinaria ≥ 150.000,00 € (art. 37, D.Lgs. n. 50/2016)	Se S.A qualificata : procedura autonoma; se S.A NON qualificata : Centrale di committenza o aggregazione con S.A qualificata	Centrale di Committenza Regionale o CUC o SUA qualificata o soggetti aggregatori regionali

I criteri e le modalità per la costituzione delle centrali di committenza in forma di aggregazione di comuni non capoluogo saranno oggetto di apposito DPCM.

L'aggregazione delle committenze deve essere monitorata al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere di acquisto e collusioni, nonché per preservare la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato da parte delle piccole-medie imprese. È stato in tal senso dichiarata l'illegittimità dei maxi bandi di Consip se la dimensione dei lotti territoriali restringe la partecipazione degli operatori di gara, anche se potrebbero partecipare in RTC, perché richiede la volontà di altri soggetti (C.d.S. n. 1038/2017).

Si fa presente che nel corso del 2016 sono stati attivati i bandi per i lavori di manutenzioni del MEPA (costituisce un'assoluta novità in quanto precedentemente i lavori erano esclusi dal MEPA). Ecco quindi che anche per i lavori di manutenzione sotto soglia occorre dare precedenza alla gara sul MEPA. Sempre sul Mepa è stata attivata la trattativa diretta, che permette di acquisire i preventivi per effettuare l'indagine di mercato nel caso di affidamento diretto.

6. Le sponsorizzazioni (art. 19 Codice)

Per sponsorizzazione si intende il finanziamento di un evento, che può essere costituito da un'iniziativa culturale, artistica, scientifica, sportiva, da parte di un soggetto economico, per scopi pubblicitari, per ottenere in cambio notorietà e prestigio. Il contratto di sponsorizzazione è a prestazioni sinallagmatiche e ciò significa che su entrambi i contraenti grava l'onere di una prestazione da effettuare nei confronti dell'altro; per questo si distingue dal mecenatismo (donazione).

La sponsorizzazione porta quindi ad un contratto a prestazioni corrispettive mediante il quale la P.A (sponsee) offre a un terzo (Sponsor) la possibilità di pubblicizzare in appositi spazi nome, logo, marchio o prodotti.

La sponsorizzazione deve:

- avere ad oggetto il perseguimento di interessi pubblici;
- escludere forme di conflitto di interesse tra l'attività pubblica e quella privata;
- comportare risparmi di spesa rispetto agli stanziamenti disposti (art. 43, comma 2, legge n. 449/1997).

L'interesse per le sponsorizzazioni è cresciuto negli ultimi anni causa la progressiva restrizione delle capacità di spesa degli Enti locali.

La sponsorizzazione può essere:

- **“finanziaria”** (oppure “pura”): lo Sponsor versa allo Sponsee una somma in denaro; in tal caso non è soggetto al Codice. Già l'AVCP (delibera n. 9/2012) aveva sostenuto che ai contratti di sponsorizzazione finanziaria non trova applicazione la normativa sugli appalti di contratti pubblici in quanto non rientrano nella classificazione giuridica dei contratti passivi, bensì comportano un vantaggio economico e patrimoniale direttamente quantificabile per la P.A e come tali contratti attivi (esplicitamente esclusi dal Codice dall'art. 4);

- **“tecnica”** (sostanzialmente una permuta): lo Sponsor fornisce direttamente i beni o i servizi oppure realizza i lavori in prima persona oppure paga i corrispettivi dovuti all'appaltatore di beni, servizi o forniture in luogo dell'Amministrazione. In questo caso rimane l'obbligo per la P.A di sorvegliare e vigilare gli interventi la cui esecuzione è affidata allo Sponsor, trattandosi di beni pubblici in relazione ai quali è configurabile una specifica responsabilità dell'Amministrazione. I lavori e la progettazione devono essere svolti da soggetti adeguatamente qualificati. Sono espressamente vietate le sponsorizzazioni per i contratti aventi ad oggetto servizi di ingegneria e architettura, ad eccezione dei contratti relativi ai beni culturali (art. 24 c. 8-ter Codice introdotto dal Correttivo).

Se la sponsorizzazione è di importo superiore a € 40.000 occorre richiedere il Codice Identificativo Gara (CIG). Sul sito dell'ANAC nell'area FAQ sulla tracciabilità si legge il seguente quesito: “B13. I contratti di sponsorizzazione sono sottoposti alla normativa sulla tracciabilità? R. Si premette che nell'ambito dei contratti di sponsorizzazione si distinguono la fattispecie di sponsorizzazione pura e la fattispecie di sponsorizzazione tecnica. Con riferimento alla sponsorizzazione tecnica, la stessa è sottoposta alla tracciabilità, in quanto l'apporto di denaro privato è correlato alla realizzazione di lavori, servizi o forniture pubblici. Si applica la tracciabilità attenuata, mediante acquisizione dello Smart CIG, per contratti di importo inferiore a € 40.000. La sponsorizzazione pura, invece, non è soggetta alla tracciabilità, in quanto la stessa si traduce in un finanziamento a favore del pubblico effettuato dal privato non immediatamente legato al settore degli appalti”.

L'art. 19 (ed anche l'art. 151 in quanto sostanzialmente rinvia all'art. 19 Codice) pare assoggettare a gara solamente le sponsorizzazioni di importo superiore a 40.000 euro. Si ritiene tuttavia prudente ricordare che l'art. 4 intitolato "Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi" così recita: "1. *L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*".

La procedura di valutazione delle offerte anche nel caso di valutazione dell'offerta tecnica, (e quindi sulla base di diversi elementi di valutazione), è semplificata rispetto all'analoga procedura prevista nel caso delle gare relative alle forniture, servizi e lavori soggetti alle disposizioni del Codice. Ad esempio non è necessario stabilire il grado di importanza dei vari elementi di valutazione che saranno oggetto di valutazione (pesi ponderali). Ciò non significa che sia vietato indicarli, tuttavia non sussiste uno specifico obbligo in tal senso. I criteri di valutazione vanno invece indicati e sarà poi la Commissione a stabilire le modalità di valutazione. Tutto ciò che non viene disciplinato nel bando (o nell'avviso) dovrà essere deciso dalla Commissione.

La legislazione (D.L. n. 78/2010, art. 6, c. 9) prevede che le pubbliche amministrazioni non possano assumere la veste di Sponsor.

Con D.M. per i beni e le attività culturali del 19.12.2012 (GURI 12.3.2013) sono state fornite utili indicazioni in merito alle sponsorizzazioni, principalmente per i beni culturali, ed anche agli interventi eseguiti gratuitamente (mecenatismo).

Le regole viste prima si applicano anche ai beni culturali tutelati ai sensi del D.Lgs. 42/2004.

7. *Le opere realizzate a spese del privato (art. 20 Codice)*

A fronte delle continue restrizioni alle capacità di spesa dei bilanci degli Enti locali, si è presentata sempre più spesso la disponibilità, e la necessità, da parte di diverse categorie di cittadini interessati, di provvedere direttamente ad eseguire lavori su beni immobili del Comune, previsti nell'ambito di strumenti o programmi urbanistici, opere costituenti i cosiddetti extra-standard oggetto di convenzioni urbanistiche o piani attuativi che il privato si obbliga ad attuare. Si tratta per lo più di manutenzioni

agli immobili scolastici, da parte di genitori direttamente coinvolti (tipico esempio è la realizzazione di aree attrezzate nei cortili degli asili nido), oppure di opere viarie che possono interessare determinate fasce di cittadini; tutti questi rientrano nell'ambito della categoria delle prestazioni liberali. L'interesse per queste "nuove" forme di collaborazione pubblico/privato è confermata dall'inserimento nel Codice di appositi articoli: il n. 20 intitolato: "Opera pubblica realizzata a spese del privato" e il n. 189 intitolato "Interventi di sussidiarietà orizzontale", che concerne tipologie particolari di immobili (si rimanda al relativo paragrafo).

I lavori eseguiti gratuitamente si distinguono dalle sponsorizzazioni in quanto nei lavori eseguiti gratuitamente non vi è alcuna contropartita, mentre nel contratto di sponsorizzazione la causa del contratto è l'aumento della notorietà dello Sponsor. Rientrano nelle erogazioni liberali (mecenatismo) anche se accompagnate da una qualche forma di riconoscimento, soprattutto morale e ideale, c.d. "pubblico ringraziamento".

Se questa disponibilità è sicuramente auspicabile, tuttavia questi interventi non possono essere effettuati senza un preciso atto formale, perché si interviene comunque su immobili di proprietà pubblica, con tutte le conseguenze in materia di rispetto delle norme di sicurezza, sia durante l'esecuzione dei lavori che dopo, nell'utilizzo e manutenzione del bene immobile, ed anche sul possesso dei requisiti di qualificazione idoneativi e tecnici degli esecutori dei lavori stessi, tanto più se si interviene su beni culturali. Va da sé che dovrà essere sottoscritta una convenzione nella quale si disciplinano alcuni aspetti circa l'esecuzione dei lavori.

Per quanto riguarda gli affidamenti, questi restano al di fuori di qualsiasi forma di evidenza pubblica.

L'erogazione liberale non è preclusa alle persone giuridiche lucrative e alle imprese commerciali.

Per quanto riguarda gli aspetti fiscali si ricorda che l'art. 2, c. 4 e l'art. 3, D.P.R. n. 633/1972 regolamentano, rispettivamente, la cessione gratuita di beni e le prestazioni gratuite di servizi. In particolare le cessioni di beni sono comprese tra le operazioni esenti (art. 10, n. 12).

L'ANAC, con la delibera n. 763/2016, è intervenuta per precisare che l'erogazione deve essere completamente gratuita e non deve avere ad oggetto la realizzazione di opera pubblica in cambio del riconoscimento di un'utilità, con conseguente carattere oneroso della convenzione stessa (nella fattispecie un accordo di programma complesso).

L'esecutore dei lavori pubblici deve essere qualificato, quale principio di carattere generale, sancito nell'art. 84 Codice.

8. Il Responsabile Unico di Procedimento (art. 31 Codice, L.G. ANAC n. 3/2016)

Vi deve essere un unico RUP per le fasi della programmazione, progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione. È nominato negli atti di programmazione dei lavori e può essere sostituito anche senza modificare gli atti di programmazione.

Il RUP deve essere individuato tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità organizzativa inquadrati come dirigenti o dipendenti con funzioni direttive o, in caso di carenza in organico della suddetta unità organizzativa, tra i dipendenti in servizio con analoghe caratteristiche.

Deve essere un tecnico, abilitato all'esercizio della professione o, quando l'abilitazione non sia prevista dalle norme vigenti, un tecnico anche di qualifica non dirigenziale. Deve essere dotato di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti per cui è nominato (la competenza professionale è stata aggiunta dal nuovo Codice e presuppone sia un titolo di studio adeguato che esperienza acquisita nel rapporto di lavoro; si differenzia pertanto dalla capacità professionale), che sono elencate al punto 4.2 delle L.G. ANAC n. 3/2016: professionalità e anzianità di servizio graduate in base all'importo dei lavori.

Le stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni e enti pubblici, individuano, secondo i propri ordinamenti, uno o più soggetti cui affidare i compiti propri del RUP limitatamente al rispetto delle norme del Codice cui sono tenuti.

Numerosi sono gli adempimenti cui è tenuto il RUP, elencati all'art. 31, c. 4 Codice e al punto 6 LG. ANAC n. 3/2016. In particolare il RUP formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali; accerta la libera disponibilità delle aree e degli immobili necessari; valida il progetto da porre a base di gara; verifica il progetto nelle sue varie fasi, se sussistono i presupposti (il RUP può fare la verifica nel caso non sia progettista se l'importo dei lavori è inferiore a 1/M); è il responsabile dei lavori ai fini della sicurezza; accerta la data di effettivo inizio dei lavori; cura che sia richiesto il Codice Unico di Progetto (CUP); cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure; redige il DUVRI

qualora non sia previsto il piano di sicurezza e di coordinamento.

Il RUP può svolgere anche le funzioni di progettista o di direttore dei lavori (DL); tali funzioni non possono coincidere nel caso di lavori complessi o di rilevanza architettonica o ambientale o di progetti integrali ovvero di interventi di importo superiore a 1.500.000 euro. Il RUP può altresì svolgere le funzioni di progettista per la predisposizione del progetto preliminare relativo a lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Si ritiene che siano in capo al RUP anche gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni relative ai contratti, previsti dal D.Lgs. n. 33/2013. Tali obblighi riguardano in particolare la fase di affidamento (anagrafica dei partecipanti alla gara e dell'affidatario) nonché la fase di esecuzione: data effettiva di inizio e fine della prestazione e importo dei pagamenti effettuati. Le informazioni pubblicate vanno trasmesse in via telematica all'ANAC. È previsto apposito Decreto MIT al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione.

Il Responsabile di Procedimento è il deus ex machina dell'intero procedimento, anche della fase di esecuzione. Egli infatti (art. 101 Codice) dirige la esecuzione dei contratti di lavori avvalendosi del direttore dei lavori, del coordinatore in materia di salute e di sicurezza durante l'esecuzione nonché del collaudatore e accerta il corretto ed effettivo svolgimento delle funzioni ad ognuno affidate.

Il ruolo del RUP è stato oggetto delle Linee Guida ANAC n. 3/2016 con le quali dovrebbero essere abrogati gli artt. 9 e 10 Regolamento. Per i compiti del RUP sono state prese come base di riferimento le disposizioni del Regolamento, per garantire continuità rispetto a procedure ormai consolidate.

Nei Lavori pubblici il RUP deve essere un tecnico abilitato all'esercizio della professione (in regola con gli obblighi formativi di cui all'art. 7 D.P.R. n. 137/2012) o, quando l'abilitazione non è prevista, un funzionario tecnico (anche di qualifica non dirigenziale).

Il RUP deve essere in possesso di specifica formazione professionale, da tenere aggiornata, e deve aver maturato un'adeguata esperienza professionale nello svolgimento di attività analoghe a quelle da realizzare in termini di natura, complessità e/o importo dell'intervento, sia come dipendente che come lavoratore autonomo.

I requisiti di professionalità per i lavori sono differenziati a seconda dell'importo dei lavori stessi, secondo le seguenti soglie:

Importo	Titolo di studio	Anzianità di servizio ed esperienza
inferiore a 150.000 di €	a) Diploma rilasciato da un istituto tecnico superiore di secondo grado al termine di un corso di studi quinquennale (es. diploma di perito industriale, perito commerciale, perito agrario, agrotecnico, perito edile, geometra/tecnico delle costruzioni, ecc.)	a) 3 anni
superiore a 150.000 e Inferiore a 1/M di €	b) vedi a) c) laurea triennale (architettura, ingegneria, scienze e tecnologie agrarie, scienze e tecnologie forestali e ambientali, scienze e tecnologie geologiche o equipollenti, scienze naturali) e abilitazione all'esercizio della professione, nelle more della previsione di apposite sezioni speciali per l'iscrizione al relativo Albo d) laurea quinquennale (sub c) con abilitazione	b) almeno dieci anni nell'ambito dell'affidamento di appalti e concessioni di lavori c) 3 anni d) 2 anni
≥1.000.000,00 di euro e inf soglia comunitaria	e) vedi a) f) vedi d) g) tecnici in possesso di diploma di geometra/tecnico delle costruzioni	e) 5 anni f) 3 anni g) 15 anni
≤soglia comunitaria	h) vedi d)	h) 5 anni

Per i lavori particolarmente complessi sarà poi necessaria adeguata competenza quale Project Manager, ma solo a partire dalla data di entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione delle SS.AA.

Il RUP non può coincidere con il progettista e con il direttore dei lavori nel caso di lavori complessi o di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo, oltre che tecnologico, nonché nel caso di progetti integrali ovvero di interventi di importo superiore a 1.500.000 di euro (punto 9 LG. ANAC n. 3/2016). In ogni caso il RUP non può essere progettista e verificatore (in realtà la L.G. parla di validazione, che è sempre del RUP).

È stata rafforzata la possibilità del RUP di far parte della Commissione di gara (rectius: giudicatrice).

Per quanto riguarda la verifica dell'offerta anomala nel caso del prezzo più basso sarà il bando a porre la competenza in capo al RUP oppure ad apposita commissione costituita ad hoc mentre nel caso del miglior rapporto qualità/prezzo è il RUP eventualmente col supporto della commissione giudicatrice.

Cap. III

L'Autorità Nazionale AntiCorruzione (ANAC) e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT)

Con il nuovo Codice si sono confermati i poteri già attribuiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione con aggiunta di compiti nuovi e si è previsto un nuovo ruolo al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

1. L'Autorità Nazionale AntiCorruzione - ANAC (art. 213 Codice)

Al fine di garantire il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara fu istituita l'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici, poi trasformata in Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, i cui compiti sono confluiti nell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ai sensi dell'art. 19 del D.L. n. 90/2014.

L'ANAC vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, sia nei settori ordinari che speciali, nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del Codice. Ha numerosi compiti tra i quali il dovere di segnalare al Governo e al Parlamento fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sui contratti pubblici e può proporre al Governo modifiche occorrenti alla legislazione in materia. Può richiedere documenti, disporre ispezioni, avvalendosi della Guardia di Finanza, ed irrogare sanzioni amministrative ai soggetti che rifiutano o omettono senza giustificato motivo di fornire le informazioni o di esibire i documenti oppure che forniscono dati non veritieri. Esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara: Può emanare linee guida (che possono avere carattere vincolante o non vincolante), capitolati tipo, contratti tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile con valore di indirizzo per gli operatori (vi potrebbero rientrare anche i comunicati dell'ANAC). Procede alla

determinazione dei prezzi di riferimento di beni e servizi con maggiore impatto sui conti della P.A e il Correttivo ha introdotto l'elaborazione dei costi standard dei lavori. Ha il compito di redigere i bandi tipo (con la determinazione n. 4/2012 l'AVCP aveva dettato le prime indicazioni sulla tipizzazione delle cause di esclusione); ora è in corso di consultazione il bando tipo n. 1.

L'ANAC gestisce anche:

- il sistema di qualificazione delle imprese;
- la Banca Dati Nazionale dei contratti pubblici (BDNCP) raccogliendo i dati tramite l'Osservatorio dei contratti pubblici; pubblicizza diversi dati sul Casellario informatico dei contratti pubblici contenente le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici;
- l'Albo Nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici (per il quale è stata emanata la L.G. n. 5 ma non ancora a regime);
- il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza; al momento vige ancora il sistema individuato dal D.L. n. 66/2014 in merito alla gestione dell'anagrafe delle Stazioni Appaltanti (AUSA) in virtù dell'art. 216 c. 10 Codice;
- l'elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house (per il quale è stata emanata la L.G. n. 7, aggiornata con delibera n. 951/2017).

All'ANAC è riconosciuta, oltre all'indipendenza funzionale, di giudizio e di valutazione, anche una quasi totale autonomia finanziaria attribuita dall'art. 1, c. 67, legge n. 266/2005, confermata dall'art. 213, c. 12 Codice, che si esplica attraverso il pagamento di contributi a carico dei privati e delle stazioni appaltanti (e delle SOA). Ora tali disposizioni sono contenute nella delibera ANAC n. 163 del 22/12/2015 pubblicata sulla GURI n. 49/2016.

In particolare sono obbligati alla contribuzione a favore dell'ANAC:

- le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori, quando intendono avviare una procedura finalizzata alla realizzazione di lavori/forniture/servizi, indipendentemente dalla procedura di selezione del contraente adottata, di importo pari o superiore a 40.000 euro;
- gli operatori economici che intendono partecipare a procedure di scelta del contraente di importo pari o superiore a 150.000 euro;
- gli organismi di attestazione (SOA).

Per le Stazioni Appaltanti e gli enti aggiudicatori il pagamento avviene con cadenza quadrimestrale.

Per gli operatori economici il pagamento della contribuzione è condizione di ammissibilità alla procedura di selezione del contraente; essi sono tenuti a dimostrare, al momento di presentazione dell'offerta, di avere versato la somma dovuta a titolo di contribuzione. La mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento di tale somma è causa di esclusione dalla procedura di scelta del contraente ai sensi dell'art. 1, c. 67 della legge n. 266/2005; anche un versamento in misura non corrispondente a quella dovuta implica l'inammissibilità della proposta contrattuale (C.d.S. 6515/2010). Il Consiglio di Stato (sentenza n. 687/2015) ha però precisato che non va escluso il concorrente che non ha effettuato il versamento, se motivato da difficoltà tecniche, per la tassatività delle cause di esclusione; così pure va ammesso chi presenta il versamento recante un codice fiscale diverso dal concorrente, perché è ammesso il pagamento da parte di un terzo (C.d.S. n. 2545/2015); infine tale principio va rivisto alla luce del successivo istituto del soccorso istruttorio nel senso che non va escluso il concorrente che non ha allegato copia del versamento (irregolarità formale). Le SOA sono tenute al pagamento della contribuzione entro 30 giorni dall'approvazione del proprio bilancio.

Le istruzioni operative per il pagamento sono pubblicate sul sito dell'ANAC al seguente indirizzo: <http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Servizi/ServiziOnline/ServizioRiscossioneContributi>.

Sono soggetti al pagamento del contributo anche i contratti in tutto o in parte esclusi dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti ed anche i contratti "gratuiti" come ad esempio il servizio di Tesoreria, perché sottoposti comunque alla vigilanza dell'Autorità.

Al pagamento del contributo è collegata la richiesta del Codice Unico Gara (CIG), codice che viene acquisito *on line* dalla S.A tramite collegamento al sito <http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Servizi/ServiziOnline/SistemaSIMOG>; sono previste modalità semplificate (smartcig) per i contratti di importo inferiore a 40.000 € affidati mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando nonché per i contratti affidati direttamente da un ente aggiudicatore o da un concessionario di lavori pubblici ad imprese collegate (comunicato AVCP 2.5.2011). Tale codice (unitamente al CUP) ha valenza anche ai fini

degli adempimenti in materia di tracciabilità dei flussi finanziari introdotta dalla legge n. 136/2010 “Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia”: tutti i pagamenti che transitano dalla S.A all'appaltatore e da questi ai propri subfornitori devono riportare il codice CIG ed eventuale CUP ed essere effettuati con modalità “tracciabili” (pagamenti in c/c dedicati).

2. *L'attività di vigilanza sul sistema di qualificazione*

Di particolare rilievo è l'attività di vigilanza sul sistema di qualificazione, in ordine alla quale viene attuata l'azione di controllo sulle Società organismo di attestazione (SOA), che può portare fino alla revoca dell'autorizzazione al relativo esercizio.

Le SOA sono organismi di diritto privato, indipendenti, appositamente autorizzati dall'ANAC, che nello svolgimento della loro attività svolgono funzioni di natura pubblicistica e pertanto soggetti alla giurisdizione della Corte dei Conti.

Attraverso tale vigilanza vengono rilevate le patologie del sistema di qualificazione, quali la frequente non veridicità dei certificati dei lavori presentati per il rilascio delle attestazioni, la non sempre esatta valutazione dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, le irregolarità nelle dichiarazioni attestanti le posizioni contributive.

Tra le misure adottate dall'ANAC vi sono anche le diffide e le censure, oltre ai diversi procedimenti sanzionatori che vengono applicati alle SOA in ragione delle criticità che emergono nello svolgimento dell'attività di attestazione, secondo un principio di proporzionalità e di contraddittorio.

3. *Il casellario informatico (art. 213 c. 10 Codice)*

Il casellario informatico contiene i dati relativi agli operatori economici tra i quali:

- la relazione dettagliata sul comportamento dell'esecutore e dei subappaltatori, inseriti nel sito dell'Autorità, entro 60 giorni dall'emissione del certificato di collaudo o di regolare esecuzione, ovvero entro 60 giorni dalla risoluzione del contratto o dal recesso dal contratto;
- i certificati di esecuzione lavori che devono essere inseriti da parte del R.P entro 30 giorni dalla richiesta dell'esecutore, anche in corso d'opera;
- gli avvalimenti che devono essere comunicati dalla S.A entro 30 giorni dall'aggiudicazione definitiva;

- la decadenza dell'attestazione SOA per false dichiarazioni.

Con le Linee Guida n. 6/2016, con il Comunicato 10/5/2017 e con la deliberazione n. 1386/2016 l'ANAC ha disposto che le Stazioni Appaltanti devono comunicare le eventuali patologie del contratto: risoluzioni anticipate, significative carenze e condanna al risarcimento danni, gravi illeciti professionali, produzione di informazioni false o fuorvianti. Alla luce della normativa comunitaria e nel rispetto dei principi di legalità, di proporzionalità e del giusto procedimento, l'ANAC deve assicurare un contraddittorio preventivo all'annotazione nel casellario informatico, mediante la comunicazione di avvio del relativo procedimento (ex art. 7 della legge n. 241/1990) e riconoscendo all'impresa ed alla S.A il diritto di parteciparvi, ex art. 10 della stessa legge (determinazione AVCP n. 1/2010).

4. *Il cosiddetto precontenzioso davanti all'ANAC - L'attività consultiva (art. 211 Codice)*

L'art. 211 Codice prevede due distinte attività dell'ANAC: il precontenzioso (comma 1) e i pareri (cc. 1-bis e seguenti).

Il comma 1 prevede che l'ANAC svolga un'attività finalizzata alla soluzione di controversie che sono insorte relativamente alla fase di scelta del contraente. Si tratta di uno strumento favorito dalla disciplina comunitaria:

- da un lato il considerando n. 122 della Direttiva 2014/24/UE precisa che i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, che non hanno accesso alle procedure di ricorso hanno comunque un interesse ad un corretto svolgimento delle procedure d'appalto;
- dall'altro la volontà/necessità di deflazionare il carico giudiziario. Questo obiettivo è sicuramente favorito dal fatto che tale attività è al momento gratuita.

Il Regolamento di attuazione è stato approvato nell'adunanza del 5.10.2016 e pubblicato sulla GURI n. 245/2016; è un Regolamento (di organizzazione) non previsto dal Codice. Esso prevede che la procedura sia attivata su iniziativa non solo della S.A ma anche delle parti interessate (comprehensive dei portatori di interessi collettivi costituiti in associazioni o comitati), singolarmente o congiuntamente.

Unica condizione per avviare il procedimento precontenzioso, è che questo sia reso su problematiche

sorte nell'ambito dell'espletamento della procedura di gara, e non già nella fase di esecuzione del contratto.

I tempi previsti sono particolarmente stringenti: il termine per la presentazione di memorie e documenti è di 5 giorni (con il Regolamento precedente era di 10 giorni) ed il termine per l'approvazione dei pareri è di 30 giorni dal ricevimento della richiesta. La ristrettezza dei tempi di risposta è prevista per non compromettere la possibilità per le parti di proporre ricorso al TAR, ma viene in parte compensata dalla sospensione feriale ad agosto e dal congelamento dei termini in caso di necessità di integrazione dei documenti o di supplementi di istruttoria. Resta poi da capire cosa succede se il parere non viene emesso nei termini.

Vi è l'obbligo di mettere a conoscenza tutti gli interessati dell'avvio della procedura di precontenzioso presso l'ANAC, in modo da garantire a tutti la possibilità di contraddittorio; si ritiene pertanto che se il secondo in classifica richiede il parere in merito ad esempio ad una presunta illegittimità dell'aggiudicatario, quest'ultimo debba essere messo a conoscenza della richiesta di parere in modo da poter presentare proprie memorie. Il parere obbliga le parti, che vi abbiano preventivamente consentito, ad attenersi a quanto in esso stabilito (parere vincolante). Una volta emesso il parere, le parti interessate possono decidere di adeguarsi al parere oppure no; in ogni caso devono comunicare la loro decisione via PEC all'ANAC entro 35 giorni. Il parere, anche quello vincolante, può infatti essere impugnato avanti il TAR ai sensi dell'art. 120 CPA; da rilevare che, qualora il ricorso sia rigettato, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai fini della condanna alle spese di lite e dell'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria per lite temeraria. Resta il dubbio che attraverso l'impugnazione del parere dell'ANAC si possa portare davanti al TAR una questione inerente l'esclusione dalla gara oltre il termine tassativo dei 30 giorni previsto dall'art. 120, c. 2-bis C.P.A.

Al fine di evitare che i tempi della procedura, pur se ristretti, possano andare a detrimento della parte istante, è previsto che la S.A, se convenuta, debba impegnarsi a non porre in essere attività pregiudizievole agli interessi della controparte.

Il parere dell'ANAC non pare avere potere di esecutività: ne consegue che deve essere la S.A ad adottare gli atti necessari per adeguarsi al parere. Non è disciplinato il caso in cui le parti, pur essendosi autovin-

colate, non ottemperino al parere reso dall'ANAC; sarà da capire se può trovare applicazione la disciplina del giudizio di ottemperanza.

Con il Correttivo il famigerato potere di raccomandazione (vincolante e con sanzione) dell'ANAC previsto al comma 2 dell'art. 211 Codice è stato abolito ed è stato sostituito (ma ridimensionato), ad opera del D.L. n. 50/2017 convertito in legge n. 96/2017, dai seguenti:

- L'ANAC può impugnare i bandi, gli altri atti generali e i provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici (c. 1-bis).
- Per i provvedimenti che l'ANAC ritiene viziati da gravi violazioni del Codice, emette, entro 60 giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati (c. 1-ter). Il parere è trasmesso alla S.A; se la S.A non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a 60 giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi 30 giorni, innanzi al giudice amministrativo.

A fianco di tale attività sussiste poi anche un'attività consultiva volta a fornire orientamenti in ordine a particolari problematiche interpretative e applicative della legge, sia in materia di contratti pubblici che di anticorruzione. In merito è stato emanato il Regolamento del 20.7.2016 "Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'ANAC ai sensi della Legge 6 novembre 2012, n. 190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al di fuori dei casi di cui all'art. 211 del decreto stesso" pubblicato nella GURI n. 192/2016.

5. *L'Osservatorio (art. 213 c. 9 Codice)*

Nell'ambito dell'ANAC opera l'Osservatorio; è composto da una sezione centrale e da sezioni regionali, aventi sede presso le Regioni e le Province Autonome. La sezione centrale dell'Osservatorio si avvale delle sezioni regionali per l'acquisizione e l'elaborazione dei dati informativi. L'obbligo della comunicazione all'Osservatorio è in capo al RUP. L'Osservatorio raccoglie i dati informativi concernenti i contratti pubblici di importo pari o superiore a 40.000 euro (comunicato AVCP in data 29/4/2013). Con Comunicato 11/5/2016 l'ANAC ha confermato tali importi e, più in generale, le comunicazioni all'Osservatorio, nelle more delle modifi-

che del sito ANAC; vengono inoltre date indicazioni per le corrispondenze degli articoli dal vecchio al nuovo Codice.

Diversi sono i tempi e i dati da comunicare, riassunti nella seguente tabella (che recepisce il comunicato AVCP 29/4/2013):

Settori ordinari (colonna 1)	Settori speciali (colonna 2)	Contratti parzialmente esclusi (colonna 3)	Accordi quadro	Contratti discendenti da accordi quadro
Intero ciclo (modalità comunicato 4/4/2008)	fino all'aggiudicazione compresa (modalità comunicato 4/4/2008)	fino all'aggiudicazione compresa (modalità comunicato 14/12/2010)	fase di aggiudicazione e stipula (modalità comunicato 14/12/2010)	se settori ordinari: vedi colonna 1 se settori speciali: vedi colonna 2 se contratti parzialmente esclusi: vedi colonna 3

Per intero ciclo si intende:

- l'affidamento e le varianti, entro 30 gg dall'aggiudicazione/approvazione;
- inizio dei lavori, stati di avanzamento (per appalti di importo pari o superiore a 500.000 €), subappalti, ultimazione dei lavori, effettuazione del collaudo e importo finale, entro 60 giorni dal compimento di ciascun evento (comunicato del Presidente AVCP del 12.12.2010).

Per i contratti fino a 40.000 euro tali adempimenti si intendono compiuti con l'acquisizione dello "smartcig".

L'omissione, senza giustificato motivo, di tali comunicazioni, è sottoposto a sanzione amministrativa, così pure la loro non veridicità.

La pubblicazione dei dati tramite l'Osservatorio è strettamente connessa alla pubblicazione dei dati nella sezione "Amministrazione Trasparente" introdotta dall'art. 1, c. 32, legge n. 190/2012. Con la deliberazione n. 26/2013 ed il comunicato 22.5.2013, l'AVCP ha fornito le prime indicazioni e le istruzioni operative sull'assolvimento degli obblighi di trasmissione delle informazioni all'ANAC. Con il Correttivo è stato promesso (art. 213 c. 8) il rispetto del principio di unicità dell'invio delle informazioni (interoperabilità tra le banche Dati: BDAP, MIP e, speriamo, Osservatorio, MIT, Trasparenza).

6. Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - MIT - Nomina commissario straordinario (art. 214 Codice)

Il MIT promuove le attività tecniche e amministrative occorrenti ai fini della adeguata e sollecita progettazione e approvazione delle infrastrutture ed effettua, con la collaborazione delle regioni o province autonome interessate, le attività di supporto necessarie per la vigilanza, da parte dell'autorità

competente, sulla realizzazione delle infrastrutture. Per le attività di indirizzo e pianificazione strategica, ricerca, supporto e alta consulenza, valutazione, revisione della progettazione, monitoraggio e alta sorveglianza delle infrastrutture, il Ministero può avvalersi di una struttura tecnica di missione istituita con decreto del Ministro delle infrastrutture.

Al fine di agevolare la realizzazione di infrastrutture e insediamenti prioritari, può proporre la nomina di commissari straordinari, i quali seguono l'andamento delle opere e provvedono alle opportune azioni di indirizzo e supporto promuovendo le occorrenti intese tra i soggetti pubblici e privati interessati.

Cap. IV La programmazione

L'iter di realizzazione di un'opera pubblica inizia con l'individuazione dei bisogni della collettività (studio dei bisogni), in cui l'Amministrazione valuta le esigenze del bacino di utenza di riferimento, individua le opere pubbliche per soddisfare tali esigenze e i relativi costi e tempi di realizzazione, infine accerta la fattibilità tecnico-economica degli interventi secondo le linee programmatiche e gli obiettivi forniti dall'organo politico; da questi il Dirigente deve estrapolare le opere da realizzare.

Se l'importo dei lavori è superiore a € 100.000 (per importo dei lavori si intende l'importo complessivo dell'intervento, quindi comprensivo delle somme a disposizione), occorre inserire l'intervento nel programma triennale, previa redazione dello studio di fattibilità (ancora previsto nel Regolamento all'art. 14) e, una volta entrato a regime il progetto di fattibilità tecnico economico, anche della sola prima fase del progetto di fattibilità; se l'importo dei la-

vori è pari o inferiore a 100.000 € non è necessario inserire l'intervento nel programma triennale: può essere inserito anche solo nel Bilancio di previsione e nel DUP (Documento unico di programmazione) nonché nel Piano Esecutivo di Gestione. Compito della programmazione è indurre la S.A ad autovincolarsi, esternando al pubblico quali sono gli interventi che intende eseguire e le relative priorità. Il programma triennale delle opere pubbliche deve confluire nel DUP (da presentare al Consiglio entro il 31/7 e successivamente l'aggiornamento è presentato al C.C. entro il 15/11 unitamente allo schema di delibera del bilancio di previsione finanziario per la definitiva approvazione entro il 31/12).

La predisposizione del programma triennale e dell'elenco annuale persegue i principi di qualità dell'opera pubblica, di efficienza, efficacia, tempestività e correttezza dell'azione amministrativa che possono essere così riassunti:

- approfondita valutazione e ponderazione dei bisogni da soddisfare;
- individuazione delle priorità relative ai suddetti bisogni, con precedenza per gli interventi atti a mantenere, conservare, migliorare e completare le opere già esistenti o che non gravano sul bilancio dell'Ente;
- certezza della copertura finanziaria dell'intervento prima dell'avvio dello stesso;
- realizzabilità dell'opera sotto l'aspetto ambientale e urbanistico (la conformità urbanistica deve essere perfezionata entro la data di approvazione del programma triennale);
- adeguate forme di pubblicità della programmazione pubblica, al fine di garantire trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa: il programma triennale e l'elenco annuale devono essere pubblicati entro 30 giorni dall'approvazione sul sito del Ministero delle Infrastrutture, sul profilo di committente per almeno 60 giorni e per estremi sul sito dell'Osservatorio (forme di pubblicità previste dalla vecchia disciplina).

L'importanza del rispetto delle norme sulla programmazione è stata posta in risalto dalla deliberazione AVCP n. 93 del 28.03.2001: non è conforme a legge l'affidamento della redazione di un progetto preliminare non preceduto da uno studio di fattibilità e dall'inserimento dell'opera nel programma triennale dei lavori.

La materia è in attesa di un Decreto MIT che abrogherà il decreto del Ministero delle Infrastrutture e

Trasporti del 24/10/2014 (Schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale e dell'elenco annuale).

1. Il programma triennale (art. 21 Codice)

Il programma triennale - primo momento della programmazione - ha un valore generale quale mezzo attuativo di studi di fattibilità e di quantificazione dei relativi fabbisogni; va redatto secondo gli schemi tipo definiti con decreto Ministro delle Infrastrutture e trasporti, ancora da emanare.

Entro il 15 ottobre gli enti devono adottare con deliberazione di giunta il programma dei lavori pubblici, facendo al momento ancora riferimento agli schemi e modelli approvati con D.M. delle Infrastrutture del 24/10/2014 (dovranno essere sostituiti dal DM Infrastrutture).

All'interno del programma triennale l'Amministrazione individua un ordine di priorità degli interventi, che naturalmente deve poi essere rispettato, salvo eventi imprevedibili o calamitosi nonché modifiche dipendenti da sopravvenute normative o atti amministrativi statali o regionali. Nell'ambito di tale ordine sono prioritari i lavori di manutenzione (inutile costruire nuove opere se non si mantengono quelle già esistenti), di recupero del patrimonio esistente, di completamento dei lavori già iniziati, i progetti esecutivi approvati, gli interventi per i quali ricorra la possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario (non gravano sul bilancio dell'Ente) e valutazioni di pubblica utilità.

Occorrerà inoltre che il programma triennale delle opere pubbliche rechi anche la previsione degli stati di avanzamento lavori in base ai quali si determina l'imputazione alle singole annualità del bilancio di previsione e, ove l'opera sia finanziata con risorse già accertate, il fondo pluriennale vincolato (da elaborare sulla base dei cronoprogrammi) in attuazione al principio della competenza finanziaria potenziata.

Una volta adottati gli schemi da parte della giunta, è bene renderli pubblici con affissione nella sede dell'Amministrazione per almeno 60 giorni consecutivi ed eventualmente mediante pubblicazione sul profilo di committente della S.A: tale obbligo, previsto dalla vecchia disciplina abrogata (art. 128, c. 2, vecchio Codice), è rimasto transitoriamente ancora in vita per la programmazione del triennio 2017/2019.

Anche le opere di urbanizzazione a scomputo oneri devono essere indicate nel programma triennale

delle opere pubbliche (nuovi principi contabili c.d. “di armonizzazione”, introdotti dal decreto del MEF del 20/5/2015 ai sensi dell’art. 2, comma 1, lett. b) che modifica il D.Lgs. 118/2011, paragrafo 3.11).

2. *L’elenco annuale*

L’elenco annuale (primo anno del programma triennale) deve essere approvato unitamente al bilancio preventivo. Nell’elenco annuale dei lavori vengono riportati gli interventi da realizzare nell’anno di riferimento e vengono anche indicati per ciascuno di essi:

- il responsabile di procedimento;
- l’importo dell’annualità necessaria;
- l’importo totale dell’intervento (indicando distintamente gli oneri della sicurezza relativi ai piani della sicurezza, non soggetti a ribasso);
- le finalità dell’intervento;
- l’eventuale conformità urbanistica ed ambientale;
- la priorità;
- lo stato della progettazione approvata;
- il trimestre e l’anno di inizio e fine lavori;
- il CUP (codice unico di progetto), reso obbligatorio dall’art. 11 della legge n. 3/2003, richiesto mediante accreditamento sul sito del Comitato Interministeriale per la programmazione economica al seguente indirizzo web: <http://cupweb.tesoro.it>. Il CUP è obbligatorio per tutti i progetti di investimento a prescindere dall’importo e dalla natura della spesa (corrente o in conto capitale); non è necessario per i lavori di manutenzione ordinaria (comunicato del Presidente ANAC del 8/5/2014);
- i mezzi finanziari per farvi fronte. Il finanziamento può essere previsto anche mediante il trasferimento della proprietà (all’affidatario oppure a soggetto terzo da questi indicato) di beni immobili appartenenti all’A.A già indicati nel programma triennale per i lavori che non assolvono più, secondo motivata valutazione dell’A.A o dell’ente aggiudicatore, funzioni di pubblico interesse (art. 191 Codice). Possono formare oggetto di trasferimento anche i beni immobili già inclusi in programmi di dismissione, purché prima della pubblicazione del bando o avviso per l’alienazione, ovvero se la procedura di dismissione ha avuto esito negativo. Il bando di gara può prevedere che il trasferimento della proprietà dell’immobile e la conseguente immissione in possesso dello stesso avvengano in un momento

anteriore a quello dell’ultimazione dei lavori, previa presentazione di idonea garanzia fideiussoria per un valore pari al valore dell’immobile medesimo. La garanzia fideiussoria, rilasciata con le modalità previste per il rilascio della cauzione provvisoria, prevede espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all’eccezione di cui all’art. 1957, c. 2 c.c., nonché l’operatività della garanzia medesima entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della S.A. La fideiussione è progressivamente svincolata con le modalità previste con riferimento alla cauzione definitiva.

Gli interventi di importo pari o superiore a un milione di euro possono essere inseriti nell’elenco annuale solo se è stato approvato il progetto preliminare (di fattibilità). Tale progetto deve essere conforme agli strumenti urbanistici vigenti o adottati. Gli interventi di importo inferiore a un milione di euro possono essere inseriti nell’elenco annuale solo se è stato approvato lo studio di fattibilità.

3. *Lo studio di fattibilità (art. 14 Regolamento)*

Questo documento, partendo dall’analisi dello stato di fatto (nelle sue eventuali componenti architettoniche, geologiche, socio-economiche, amministrative) deve analizzare le caratteristiche dei lavori da realizzare dal punto di vista funzionale, tecnico, gestionale ed economico finanziario; deve contenere la descrizione, ai fini della valutazione preventiva della sostenibilità ambientale e della compatibilità paesaggistica dell’intervento, dei requisiti dell’opera da progettare, delle caratteristiche e dei collegamenti con il contesto nel quale l’intervento si inserisce, con particolare riferimento alla verifica dei vincoli ambientali, storici, archeologici, paesaggistici interferenti sulle aree o sugli immobili interessati dall’intervento, nonché l’individuazione delle misure idonee a salvaguardare la tutela ambientale e i valori culturali e paesaggistici. Deve altresì verificare la possibilità di realizzazione mediante contratti di partenariato pubblico privato (PPP) di cui all’art. 3, comma 1, lett. eee), del Codice, in modo che il relativo costo di realizzazione gravi il meno possibile sul bilancio dell’Ente.

Per scegliere tra le varie forme di contratto quale sistema utilizzare (appalto, concessione, PPP) occorre individuare il più idoneo tramite il *Public Sector Comparator*, strumento introdotto dalla dottrina economica per determinare, attraverso la valutazione dell’allocazione dei rischi e la loro incidenza

finanziaria, se la scelta di realizzare l'opera in una certa modalità determina il c.d. *Value for Money Assessment* ossia quel valore economico che rende concreto il vantaggio di una soluzione rispetto ad una o più alternative (tramite la combinazione ottimale dei costi complessivi del progetto e della qualità dei servizi erogati). Si conduce un'analisi qualitativa circa la praticabilità, convenienza e ot-

tenibilità dell'intervento con le varie forme ed un'analisi quantitativa, monetizzando il trasferimento dei rischi in capo al privato, ossia si quantifica il costo a vita intera dell'opera (attualizzazione di flussi di cassa) e a questo si aggiunge il valore monetario dei rischi.

Per fare una corretta valutazione dei rischi si utilizza la matrice dei rischi:

Tipo di rischio	Probabilità del verificarsi del rischio	Costi associati al verificarsi del rischio	Possibilità di mitigazione del rischio se trasferito al privato	Strumenti per la mitigazione del rischio	Rischio a carico del pubblico (%)	Rischio a carico del privato (%)
Normativo						
Amministrativo						
Di progettazione						
Di costruzione						
Di finanziamento						
Di mercato						
Di gestione						
Di manutenzione						
Di causa di forza maggiore						

Con questo modello di valutazione si effettua un confronto del valore attuale netto dei costi e dei ricavi generati nelle diverse soluzioni.

Se lo Studio di fattibilità viene posto a base di gara (nel caso di dialogo competitivo oppure di project financing) questo deve comprendere anche gli ulteriori documenti elencati all'art. 14, c. 2, Regolamento.

4. Il documento preliminare alla progettazione (art. 15 Regolamento)

Viene redatto dal RUP prima dell'avvio della progettazione; reca le precisazioni di natura procedurale e le indicazioni contenute all'art. 15 commi 5 e 6 Regolamento (comma 7 per i concorsi di progettazione), graduati in rapporto all'entità, alla tipologia e categoria dell'intervento da realizzare.

Mentre gli studi di fattibilità hanno lo scopo di valutare l'utilità di un investimento pubblico, il documento preliminare alla progettazione serve a fornire ai progettisti le prescrizioni e le direttive per l'elaborazione di un progetto conforme agli obiettivi attesi dalla S.A e specificati dallo Studio di fattibilità.

Partendo dalla situazione iniziale, dagli obiettivi generali da perseguire e dal sistema di realizzazione da impiegare (contratto di appalto, concessione, PPP), si spinge fino a stabilire le modalità di remunerazio-

ne (a corpo, a misura, parte a corpo e parte a misura), le modalità di scelta del contraente (procedura aperta, ristretta, negoziata), il criterio di aggiudicazione (prezzo più basso, miglior rapporto qualità/prezzo), il calcolo dei corrispettivi per i servizi complessivi d'architettura e ingegneria (al fine di stabilire quale normativa applicare) e perfino le penali da applicare ai soggetti incaricati della progettazione.

Cap. V La progettazione

La progettazione (art. 23 cc. 2 e 12, art. 24 cc. 4 e 8 Codice) è lo strumento operativo in grado di descrivere puntualmente le singole opere da realizzare e i relativi costi e di consentirne la realizzazione. Ha come fine fondamentale la realizzazione di un intervento di qualità e tecnicamente valido, nel rispetto del miglior rapporto fra i benefici e i costi globali di costruzione, manutenzione e gestione; è informata a principi di sostenibilità ambientale ed agevole controllabilità delle prestazioni dell'intervento nel tempo.

La progettazione costituisce un momento dell'iter procedimentale preordinato alla realizzazione di opera pubblica; si distingue dalla programmazione che ha una valenza programmatoria di carattere ge-

nerale, rispondente a scopi diversi. Per tale motivo è stata dichiarata illegittima la L.R. Friuli-Venezia Giulia nella parte in cui consente di non redigere il progetto preliminare per lavori fino a 200.000 euro statuendo che l'approvazione dell'elenco annuale dei lavori sostituisce l'approvazione del progetto preliminare (Corte Costituzionale n. 221/2010).

La progettazione dell'opera pubblica passa attraverso tre progressivi livelli di definizione: (ex preliminare, ora) progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo e progetto esecutivo, che si sviluppano senza soluzione di continuità; resta ferma la possibilità del RUP di inserire ulteriori livelli o di eliminarne alcuni, a seconda della tipologia ed alla dimensione dei lavori, dandone motivazione.

La riduzione degli elaborati può spingersi fino all'accorpamento dei diversi livelli, ma solo per gli interventi minori (come nei casi di semplice modifica di opere già esistenti). È pure ammessa la contestuale approvazione del definitivo e dell'esecutivo: è sufficiente che si alleghino al progetto esecutivo gli elaborati del progetto definitivo utili in relazione all'intervento (es. lo studio di impatto ambientale, il censimento delle interferenze, il piano particellare di esproprio, ecc.). La P.A. può così approvare contestualmente il progetto definitivo ed esecutivo di opera pubblica, con contestuale dichiarazione di pubblica utilità e di indifferibilità ed urgenza dei relativi lavori, con cui si assoggettano concretamente ed immediatamente all'espropriazione i beni, individuati come occorrenti alla realizzazione dell'opera pubblica (C.d.S. n. 5502/2011).

La progettazione è suddivisa in vari livelli, tuttavia questi ultimi costituiscono un tutto unico: sono successivi approfondimenti tecnici; per tali motivi è previsto che, di regola, le progettazioni definitiva ed esecutiva sono affidate al medesimo soggetto, salvo che in senso contrario sussistano particolari ragioni, accertate dal RUP (art. 23, c. 12 Codice).

Il procedimento di progressivo affinamento dell'idea progettuale, delineato attraverso le forme del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, esclude che tra i tre elaborati vi debba essere necessariamente coincidenza, essendo anzi fisiologica la diversità determinata dalle eventuali successive puntualizzazioni dell'opera da eseguire cui è proprio finalizzato il procedimento, salva l'ipotesi che il progetto esecutivo preveda la realizzazione di un'opera completamente diversa, per qualità e funzioni, per le finalità da realizzare, le prestazioni da fornire rispetto a quella contenuta nel progetto preliminare (C.d.S. n. 3130/2010).

La disciplina dell'attività di progettazione risponde a finalità pubblicistiche, diretta a tutelare la funzionalità delle opere, l'erario, la massima fruibilità e la pubblica incolumità.

La progettazione non termina al momento in cui vengono affidati i lavori; molta attenzione è posta alla manutenzione delle opere e per tale motivo gli elaborati di progetto devono essere aggiornati in conseguenza delle varianti o delle soluzioni esecutive che si rendono necessarie, a cura dell'esecutore e con l'approvazione del direttore dei lavori.

Per quanto riguarda l'approvazione dei progetti e la conferenza di servizi l'art. 27 c. 1 Codice rinvia alla legge n. 241/1990 e, per gli aspetti urbanistici, l'art. 27 c. 7 Codice dispone il mero rinvio alle norme vigenti in tema di approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, evitando così una duplicazione di norme. Si ricorda che la conferenza di servizi deve essere indetta già a partire dal progetto preliminare, coinvolgendo anche i gestori di servizi pubblici a rete; a seguito delle modifiche alla conferenza di servizi previste dal D.Lgs. n. 127/2016 ora la conferenza di servizi decisoria si articola in conferenza semplificata (asincrona; non svolgendosi tramite riunioni, non richiede la presenza contemporanea dei rappresentanti di ciascuna amministrazione coinvolta) e conferenza simultanea.

I contenuti della progettazione saranno oggetto di apposito Decreto MIT che porterà all'abrogazione degli articoli pertinenti del Regolamento.

Nei settori ordinari si è tornati alla netta separazione tra progettazione da un lato ed esecuzione dei lavori dall'altro, infatti l'art. 59 c. 1 Codice vieta espressamente l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori (tranne nei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, concessione, PPP e contratto di disponibilità e, a seguito del Correttivo, nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori). Aspetto ancora più importante: l'appalto deve essere affidato ponendo a base di gara il progetto esecutivo; solo per i lavori di manutenzione ordinaria di importo fino a € 2.500.000,00 è prevista una progettazione semplificata, il cui contenuto sarà disciplinato da un decreto del MIT, ancora da emanare. In attesa di tale decreto i lavori di manutenzione ordinaria possono essere affidati sulla base del progetto definitivo (semplificato, ai sensi dell'art. 216 c. 4 Codice, come modificato dal Correttivo) e gli interventi di manutenzione che non prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali non richiedono ne-

cessariamente il progetto esecutivo (art. 216 c. 4 Codice). Regole particolari valgono per i lavori sui beni culturali: per essi è stato emanato il DM 154/2017.

1. Il progetto di fattibilità tecnica ed economica - già progetto preliminare (art. 23 c. 5 Codice, artt. 17-23 Regolamento)

La definizione di progetto di fattibilità tecnica ed economica è contenuta nell'art. 23, c. 5, Codice: *“individua, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire”*. Esso deve inoltre consentire l'avvio della procedura espropriativa.

Fino a quando non sarà emanato il decreto del MIT continua a parlarsi di progetto preliminare previsto agli articoli che vanno dal 17 al 23 del Regolamento (documenti che compongono il progetto preliminare).

Per gli interventi che comportano nuova edificazione o scavi a quote diverse da quelle già impegnate dai manufatti esistenti, occorre la procedura di *verifica preventiva dell'interesse archeologico*, disciplinata dall'art. 25 Codice. La S.A. trasmette al soprintendente territorialmente competente, prima dell'approvazione, copia del progetto di fattibilità (ex preliminare) dell'intervento o di uno stralcio di esso sufficiente ai fini archeologici, ivi compresi gli esiti delle indagini geologiche e archeologiche preliminari. Nel caso di mancata attivazione della procedura di verifica preventiva da parte del Soprintendente, oppure nel caso di esito negativo della verifica, l'esecuzione di saggi archeologici è possibile solo in caso di successiva acquisizione di nuove informazioni o di emersione, nel corso dei lavori, di nuovi elementi archeologicamente rilevanti, che inducano a ritenere probabile la sussistenza in sito di reperti archeologici. Se invece viene attivata la procedura di verifica occorre effettuare ulteriori indagini (art. 23 c. 8 Codice). Il termine a disposizione della Soprintendenza per la procedura di verifica preventiva è di 30 giorni.

Tutti gli oneri relativi alla verifica preventiva, alle indagini e agli eventuali lavori sono a carico della S.A.

Importante la precisazione dell'art. 27 c. 4 Codice in merito ai rapporti con gli enti gestori di interferenze i quali hanno l'obbligo di verificare e segnalare la sussistenza di interferenze non rilevate con il sedime dell'infrastruttura e di elaborare, a spese del soggetto aggiudicatore, il progetto di risoluzione

delle interferenze di propria competenza. La violazione dell'obbligo di collaborazione che sia causa di ritardato avvio o anomalo andamento dei lavori comporta la responsabilità patrimoniale dell'ente gestore per i danni subiti dal soggetto aggiudicatore. Non è più prevista la possibilità di affidare i lavori sulla base del progetto preliminare (ex appalto concorso) tranne che nel caso di lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di un altro titolo abilitativo, (art. 1 c. 2 lett. e) Codice).

La normativa specifica, solamente per il project financing (art. 183, c. 2 Codice), che il progetto di fattibilità è redatto dal personale dell'Amministrazione; solo in caso di carenza in organico ci si rivolge a soggetti esterni.

2. Il progetto definitivo (art. 23 c. 7 Codice, artt. 24-32 Regolamento)

La definizione di progetto definitivo è contenuta nell'art. 23, c. 7, Codice: *“individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti dalla stazione appaltante e, ove presente, dal progetto di fattibilità”* e contiene tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni e la quantificazione definitiva del limite di spesa utilizzando, ove esistenti, i prezzi predisposti dalle regioni e dalle province autonome territorialmente competenti; non sono più previsti i prezzi delle singole SS.AA.

I documenti che compongono il progetto definitivo sono ancora disciplinati dagli articoli che vanno dal 24 al 32 del Regolamento.

È un livello molto importante perché definisce le scelte progettuali e su questo sono richiesti i pareri dei vari Enti; se sono previsti espropri è con l'approvazione del progetto definitivo che viene dichiarata la pubblica utilità dell'opera e l'urgenza e indifferibilità dei lavori ai sensi e per gli effetti dell'art. 12, D.P.R. n. 327/2001.

Il progetto definitivo è corredato dalla indicazione delle interferenze rilevate dal soggetto aggiudicatore e, in mancanza, indicate dagli enti gestori nel termine di 60 gg dal ricevimento del progetto (art. 27 c. 5 Codice).

È possibile affidare i lavori sulla base del progetto definitivo (ex appalto integrato), a seguito del Correttivo, nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori (art. 59 Codice),

oppure per i lavori di manutenzione fino a quando non sarà emanato apposito DM.

3. *Il progetto esecutivo (art. 23 c. 8 Codice, artt. 33-43 Regolamento)*

La definizione di progetto esecutivo è contenuta nell'art. 23, c. 8, Codice: *“redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare, il relativo costo previsto, il cronoprogramma coerente con quello del progetto definitivo e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo”*.

I documenti che compongono il progetto esecutivo sono disciplinati dagli articoli che vanno dal 33 al 43 del Regolamento, ancora in vigore.

Si dice che costituisca l'ingegnerizzazione del progetto; restano esclusi solamente i piani operativi di cantiere, i piani di approvvigionamenti, nonché i calcoli e i grafici relativi alle opere provvisorie. Per tale motivo la giurisprudenza è ormai consolidata nel senso che l'approvazione del progetto esecutivo è di competenza del Dirigente, a meno che il progetto esecutivo non modifichi i precedenti livelli di progettazione.

Nel capitolato speciale devono essere fissate le specifiche tecniche dei materiali/prodotti. Queste non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, nè far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono tuttavia consentiti, in via eccezionale, nel caso in cui non sia possibile una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto. In tal caso la menzione o il riferimento sono accompagnati dall'espressione “o equivalente”; se manca la clausola di equivalenza, questa non può essere integrata in sede di gara (C.d.S. n. 5361/2016). La stessa Commissione europea, nel redigere il documento “Orientamenti per i funzionari responsabili degli appalti. Come evitare gli errori più comuni negli appalti pubblici relativi a progetti finanziati dai Fondi strutturali e d'investimento europei”, che costituisce un'utile guida per gli operatori degli appalti, prende in considerazione l'ipotesi che il funzionario, nello stilare le specifiche tecniche si limiti a copiare le specifiche direttamente dalla brochure

di un determinato produttore, senza rendersi conto che ciò può ridurre il numero di aziende in grado di fornire tale attrezzatura. Per evitare questo consiglia di essere generici e di impiegare l'espressione “o equivalente” in tutti i casi in cui sia inevitabile fare riferimento ad una determinata marca.

La relazione geologica può essere omessa qualora le soluzioni progettuali individuate nel progetto esecutivo non comportino alcuna attività di tipo geologico rispetto a quelle individuate nel definitivo (Linee guida ANAC n. 1/2016).

4. *La verifica e la validazione (art. 26 Codice)*

Ciascun livello di progettazione deve essere sottoposto alla verifica di conformità alla normativa vigente; i contenuti della verifica vengono definiti dal RUP sulla base delle caratteristiche e dell'importanza dell'opera (art. 23 c. 9 Codice), al fine di accertare l'unità progettuale e la rispondenza degli elaborati progettuali al livello di progettazione precedente.

La verifica deve essere effettuata prima dell'approvazione del progetto, in contraddittorio con il progettista.

La responsabilità del verificatore non è ancora chiara, e parrebbe addirittura non esserci, in quanto le parti verificate vengono a beneficiare di una sorta di presunzione assoluta di esattezza: infatti non possono essere oggetto di riserva gli aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica (art. 205 c. 2 Codice). Diventa quindi importante per l'appaltatore dei lavori sapere quali sono le parti del progetto che sono state verificate.

Per l'affidamento dell'incarico di verifica si rinvia all'apposito paragrafo. Qui si anticipa solamente che la verifica può essere effettuata dal RUP solo in casi particolari.

La validazione, ossia l'ulteriore verifica svolta dal RUP prima dell'approvazione del livello di progettazione che viene posto a base di gara, è l'atto formale che riporta gli esiti della verifica e fa preciso riferimento al rapporto conclusivo della verifica ed alle eventuali controdeduzioni del progettista (art. 26 c. 8 Codice); gli estremi della validazione devono essere riportati nel bando o nella lettera di invito per l'affidamento dei lavori. Deve essere sottoposta a validazione anche la variante in corso d'opera; questo sicuramente se l'importo di contratto è superiore alla soglia comunitaria (art. 106 c. 14 Codice).

La validazione presuppone un atteggiamento dialettico tra le parti, ossia tra il progettista, il soggetto

preposto alla verifica e il RUP. Infatti sono previste le controdeduzioni da parte del progettista in merito al rapporto conclusivo rilasciato dal soggetto preposto alla verifica, il che fa presumere che in tale rapporto conclusivo possano essere presenti dei rilievi in merito alla progettazione, che non si sono risolti durante la progettazione stessa; rilievi che possono non essere condivisi dal progettista, di qui la possibilità di presentare controdeduzioni. Inoltre è prevista la possibilità che il RUP dissenta dagli esiti delle verifiche effettuate; in tal caso deve motivare e sarà poi la S.A a decidere in merito.

La validazione del progetto, ai sensi dell'art. 7 DPR 380/2001 rende l'intervento non soggetto a titolo abilitativo di cui all'art. 7 del medesimo DPR (non si applicano le norme sui titoli edilizi per le opere pubbliche dei comuni deliberate dal consiglio comunale, ovvero dalla giunta comunale, assistite dalla validazione del progetto ...).

Cap. VI

L'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria

Ricadono sotto questa regolamentazione (art. 31 c. 8, art. 46, art. 83, art. 93 c. 10, art. 95 c. 3 lett. b, art. 157 Codice) gli incarichi di progettazione, direzione lavori, coordinamento della sicurezza, collaudo, verifica della progettazione e supporto tecnico-amministrativo alle attività del RUP.

È vietato l'affidamento di queste attività a mezzo di contratti a tempo determinato o altre procedure diverse da quelle previste dal Codice (art. 157, c. 3 Codice) quindi devono essere svolte o da dipendenti a tempo indeterminato oppure da soggetti esterni alla P.A.

1. *L'affidamento degli incarichi di progettazione (art. 24 Codice)*

La progettazione può essere eseguita internamente all'Ente (comprendendo anche gli uffici consortili che possono essere costituiti dai comuni, consorzi e unioni, comunità montane, asl, enti di industrializzazione e enti di bonifica) oppure dagli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui la S.A può avvalersi per legge. Se ciò non è possibile occorre rivolgersi all'esterno, affidando l'incarico a liberi professionisti singoli oppure a società di ingegneria o di professionisti, a raggruppamenti temporanei e a consorzi stabili.

Il Consiglio di Stato con le sentenze n. 3849/2013 e n. 3130/2014 aveva stabilito che è possibile affidare la progettazione ad altre Amministrazioni (nelle fattispecie prese in esame: all'Università) attraverso lo strumento dell'accordo tra pubbliche amministrazioni previsto dall'art. 15, legge n. 241/1990, previa apposita intesa o convenzione ex art. 30 D.Lgs. n. 267/2000, solamente se sussistono tutte le seguenti condizioni:

- a) viene perseguito un interesse comune, da valutarsi alla luce delle finalità istituzionali (sinergica convergenza);
- b) l'attività non è remunerata (è ammesso il solo rimborso spese).

Tale interpretazione ricalca la sentenza della Corte di Giustizia europea c-159/11, ed ora tali principi sono ripresi dall'art. 5 c. 6 Codice al quale si rinvia, ed è stata recentemente confermata dall'ANAC con la delibera n. 567/2017.

1.1. *Incarichi interni all'ente*

Per la progettazione di lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomico e forestale, storico-artistico, conservativo, nonché tecnologico, le stazioni appaltanti ricorrono alle professionalità interne, purché in possesso di idonea competenza nelle materie oggetto del progetto; se ciò non è possibile utilizzano la procedura del concorso di progettazione o del concorso di idee (non possono essere affidati incarichi esterni).

Per le altre tipologie di lavori (quelli di non particolare rilevanza), pur in assenza di un esplicito obbligo in tal senso, si ritiene che il principio di economicità che regge l'intera attività amministrativa porti con sé la necessità di verificare preventivamente se la progettazione possa essere svolta all'interno. Quindi occorre prima di tutto verificare se sussistono all'interno dell'Ente le professionalità adeguate. Se all'interno sussistono tali professionalità il Dirigente procede alla nomina del progettista interno; solo se non sussistono si potrà procedere ad affidare apposito incarico esterno.

Non è necessario che i progettisti dipendenti della P.A siano iscritti al relativo Albo o Ordine professionale; è sufficiente che siano abilitati all'esercizio della professione (art. 24 c. 3 Codice). Con il Correttivo, attraverso l'inserimento del c. 27-septies all'art. 216 Codice, è stata riprodotta la disposizione transitoria dell'art. 253, c. 16 del vecchio Codice, per

cui i tecnici diplomati in servizio presso l'A.A alla data di entrata in vigore della legge 415/1998, ossia al 19.12.1998, in assenza dell'abilitazione, possono firmare i progetti, nei limiti previsti dagli ordinamenti professionali, qualora in servizio da almeno cinque anni e inquadrati in un profilo professionale tecnico.

I dipendenti incaricati della progettazione (non più limitata a quella posta a base di gara) devono essere assicurati per i rischi di natura professionale (art. 24 c. 4 Codice); il relativo costo è per intero a carico della S.A (e può essere previsto nel quadro economico dell'opera).

1.2. Incarichi esterni all'ente

Una volta appurato che non è possibile svolgere la progettazione all'interno dell'Ente ed appurato altresì che non si tratta di lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomico e forestale, storico-artistico, conservativo, nonché tecnologico si può procedere ad affidare un incarico all'esterno.

Vige il principio della fiduciarietà dell'incarico, per cui l'incarico deve essere espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dagli ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali; deve inoltre essere indicata, sempre al momento dell'offerta, la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche. Il fatto che l'incarico affidato sia di carattere personale comporta anche, come conseguenza, che il progettista non possa avvalersi del subappalto, fatta eccezione per le attività relative alle indagini geologiche, geotecniche e sismiche, a sondaggi, a rilievi, a misurazioni e picchettazioni, alla predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con l'esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali. Resta comunque impegnata la responsabilità del progettista. La relazione geologica non può essere subappaltata e quindi o si affida direttamente un incarico al geologo (con le regole proprie relative all'importo del suo incarico, almeno così si legge nelle linee guida n. 1/2016 ANAC di cui si dirà più avanti), oppure questi deve far parte del soggetto cui si affida la progettazione. Si ritiene inoltre applicabile l'art. 89 c. 1 Codice in merito all'avvalimento per i titoli di studio o delle esperienze pregresse: questo è

possibile solo se l'ausiliario esegue direttamente i servizi in affidamento.

I soggetti ai quali affidare gli incarichi sono elencati nell'art. 46 D.Lgs. n. 50/2016. La legge n. 81/2017 ha poi esteso ai professionisti anche la disciplina delle reti di esercenti la professione. La legge n. 183/2011 all'art. 10, c. 11, ha previsto l'abrogazione della legge n. 1815/1923 la quale prevedeva la possibilità di costituire gli studi associati; si ipotizza che ora sia possibile solo la costituzione di società professionali, salvi i diversi modelli associativi già vigenti alla data di entrata in vigore della legge n. 183/2011. La Corte di Cassazione (sentenza n. 18393/2017), esprimendosi in merito agli avvocati, ma si ritiene applicabile anche agli architetti/ingegneri, ha ribadito che non sussiste la responsabilità solidale tra il professionista e lo studio associato di cui fa parte.

I requisiti dei soggetti cui affidare incarichi sono stati definiti dal Decreto MIT 2.12.2016, n. 263/2016; con esso sono stati abrogati gli artt. 254-256 del Regolamento.

L'ANAC ha emanato le "Linee Guida n. 1 di attuazione del D.Lgs. n. 50/2016, recanti indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria" approvate con delibera n. 973/2016 del 14 settembre 2016, pubblicate sulla GURI n. 228/2016 del 29/9/2016, adeguandole al parere del Consiglio di Stato n. 1767/2016. Tali linee guida non sono previste specificatamente nell'articolo del Codice ma sono state predisposte in riferimento all'art. 213, comma 2 del nuovo Codice dove si parla, in via del tutto generale di "linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile", rientrano perciò tra quelle "non vincolanti" e possono essere, quindi, disattese, con adeguata motivazione, dalle amministrazioni e, così come disposto all'art. 213, c. 2 del Codice, potrebbero essere impugnate in qualsiasi momento innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. Risultano comunque un'utile guida per gli operatori del settore, e ricalcano in gran parte quanto già previsto dall'abrogato art. 263 Regolamento. I requisiti di capacità generale che devono essere posseduti dai progettisti per partecipare alla gara sono gli stessi previsti per l'affidamento dei lavori (art. 80 Codice richiamato dall'art. 24, c. 5 Codice); si rinvia al relativo paragrafo.

Per evitare quello che viene definito il possesso di "asimmetrie informative" è stato previsto che gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi,

per i quali abbiano svolto l'attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'art. 2359 del codice civile (c.c.). Tali divieti sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti. Tale divieto non è assoluto: il progettista può risultare affidatario degli appalti o delle concessioni dei lavori progettati, se dimostra che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori (art. 24, c. 7 Codice). Il medesimo divieto non si pone per l'affidamento dei vari livelli di progettazione: il progettista del progetto (preliminare) di fattibilità tecnica ed economica può partecipare alla gara per la progettazione definitiva ed esecutiva (come ammesso esplicitamente nelle linee guida ANAC n. 1/2016).

I pubblici dipendenti che hanno un rapporto di lavoro a tempo parziale, e che quindi possono esercitare la libera professione, non possono risultare affidatari di incarichi nell'ambito territoriale dell'ufficio di appartenenza.

I progettisti devono essere assicurati per i rischi di natura professionale (art. 24, c. 4 Codice); il relativo costo è a loro carico.

Per promuovere la presenza di giovani professionisti è previsto che il decreto MIT individui i criteri per garantire la presenza di giovani professionisti. In continuità con il Regolamento (art. 253) il D.MIT n. 263/2016 prevede che il RTC deve comprendere un professionista laureato (oppure diplomato, se è sufficiente il diploma) abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione.

Le regole di affidamento dell'incarico sono differenti a seconda dell'importo dell'incarico. Per importi inferiori a 40.000 € è possibile l'affidamento diretto (ed è l'unico caso in cui può essere utilizzato il minor prezzo); per importi inferiori a 100.000 euro è ammessa la procedura negoziata; per importi pari o superiore a questa soglia occorre il bando di gara. Quindi, per determinare quale tipo di gara porre in essere, occorre calcolare il compenso da porre a base di gara, comprensivo di tutti i servizi da affidare all'esterno, ivi compresa

la direzione lavori qualora si intenda affidarla allo stesso progettista esterno.

Per calcolare il compenso relativo alla progettazione e alla direzione lavori è stato emanato il D.M. 17.6.2016 "Approvazione delle tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni di progettazione adottato ai sensi dell'art. 24, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016" che ha sostituito il D.M. n. 143/2013 ripetendone il contenuto. Con il Correttivo tali corrispettivi sono divenuti obbligatori, nel senso che a base di gara deve essere fissato l'importo derivante dall'applicazione di tale decreto. Per l'importo dell'incarico occorre tener conto anche dell'art. 9 c. 2 D.L. n. 1/2012; il Consiglio di Stato nel parere n. 1767/2016 alle Linee guida ANAC n. 1/2016 interpreta tale disposizione come divieto di determinare un importo a base di gara superiore a quello derivante dall'applicazione delle tariffe professionali.

È bene allegare alla documentazione di gara il calcolo della parcella, così vengono dettagliatamente individuate le prestazioni e i relativi corrispettivi.

Tali oneri fanno carico agli stanziamenti previsti per la realizzazione dei singoli lavori negli stati di previsione della spesa.

Il calcolo del compenso è importante anche perché ad esso sono collegati i requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico professionali. Di seguito si elencano i requisiti di capacità identificati nelle Linee guida ANAC n. 1/2016:

- Fatturato globale per servizi di ingegneria e architettura espletati nei migliori tre esercizi dell'ultimo quinquennio antecedente: nella misura massima del doppio dell'importo posto a base di gara. In alternativa è possibile accettare un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali per un importo percentuale fissato in relazione al costo di costruzione dell'opera da progettare.

- Avvenuto espletamento negli ultimi 10 anni di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, inerenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori, per un importo variabile tra 1 e 2 volte l'importo stimato dei lavori.

- Avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi inerenti ad ognuna delle classi e categorie, per importo totale non inferiore ad un valore compreso fra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori e riferito a tipologie di lavori analoghi per dimensione e per caratteristiche tecniche a quelli oggetto dell'affidamento.

- Per i soggetti organizzati in forma societaria: numero minimo medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi 3 anni non superiore al doppio delle unità stimate nel bando per lo svolgimento dell'incarico.

- Per i professionisti singoli e associati: numero di unità minime di tecnici non superiore al doppio delle unità stimate nel bando per lo svolgimento dell'incarico.

Come specificato dal C.d.S. nel parere n. 1767/2016, la scelta conformativa alla Linea guida operata dalla S.A non richiede alcuna puntuale motivazione, a differenza di quella opposta con cui si prevedano requisiti speciali di partecipazione alla gara diversi da quelli fissati nelle linee guida (necessità di motivazione).

Non è possibile richiedere la cauzione provvisoria per gli incarichi di progettazione (sicurezza compresa) e di supporto al RUP.

Non è possibile prevedere la sponsorizzazione dei servizi di ingegneria e architettura, ad eccezione dei contratti relativi ai beni culturali (art. 24 c. 8-ter Codice introdotto dal Correttivo).

Molte proteste ha suscitato la sentenza C.d.S. n. 4614/2017 che ha ammesso la possibilità di affidare incarichi attinenti all'architettura e all'ingegneria a titolo gratuito; la sentenza era riferita al periodo precedente il Correttivo, quindi andrà verificato se ora è compatibile con l'obbligatorietà della tariffa come base di gara.

Per la procedura di gara si rinvia alle procedure che saranno illustrate a proposito dei lavori (Cap. IX - "Le procedure per l'individuazione degli offerenti").

1.2.1. Incarichi affidati con procedura negoziata

Per gli incarichi di importo inferiore a 40.000 euro è possibile l'affidamento diretto (art. 31 c. 8 Codice); naturalmente è opportuno salvaguardare il principio dell'economicità richiedendo almeno 2 preventivi. È l'unico caso in cui è ammesso il criterio del prezzo più basso per tali incarichi (art. 95 c. 3.b Codice)

Per gli incarichi di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 100.000 euro è possibile l'affidamento con procedura negoziata che si sostanzia in una gara informale alla quale si invitano almeno 5 concorrenti, se sussistono in tal numero aspiranti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti (e degli affidamenti).

Nel caso dell'indagine di mercato il procedimento si avvia con la pubblicazione (per almeno 15 giorni) di un avviso pubblicato sul profilo di committente (art. 216 c. 9 Codice) al fine di verificare chi è interessato a partecipare alla gara informale (secondo le Linee guida n. 1/2016 ANAC è bene inviarlo anche agli Ordini professionali, nazionali e territoriali). In tale avviso vanno indicati i requisiti che devono essere posseduti dai concorrenti per poter partecipare alla gara e i criteri secondo i quali saranno selezionati i concorrenti da invitare (anche tramite sorteggio, mentre non sono ammessi i principi di territorialità, vedi Linee Guida ANAC n. 5/2016).

In alternativa all'indagine di mercato possono essere utilizzati gli elenchi di operatori economici se compatibili con il Codice. Tale elenco richiede impegno e programmazione (laboriosa risulta poi la gestione dell'elenco, il suo periodico aggiornamento e soprattutto la scelta dei concorrenti da invitare); nel caso si costituisca l'elenco è necessario avere le idee già abbastanza chiare, sin da quando si pubblica l'avviso, degli incarichi che si intendono affidare all'esterno (tanto più che il professionista non può partecipare sia singolarmente che come componente un RTC); infatti nell'avviso la S.A deve indicare le classi e le categorie in cui intende suddividere l'elenco e possono essere richiesti dei requisiti minimi relativi alla somma di tutti i lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e categorie di lavori in cui si intende suddividere l'elenco.

Il RUP sceglie i concorrenti da invitare (almeno 5) verbalizzando le valutazioni effettuate e invita i concorrenti selezionati tramite lettera inviata contemporaneamente.

Nella lettera di invito devono essere indicate le condizioni essenziali di esecuzione del contratto: l'importo presunto, il termine per la ricezione delle offerte, il termine per l'esecuzione, ecc. Può essere previsto unicamente il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo (art. 95 c. 3.b Codice) e quindi occorre la nomina della commissione giudicatrice. Si rinvia al paragrafo successivo.

Le operazioni di gara vanno verbalizzate, dopodiché occorre approvare l'aggiudicazione con determinazione dirigenziale.

La competenza alla nomina della commissione, così come tutta la procedura di gara, è posta in carico alla competenza del Dirigente (e non alla Giunta Comunale, vedi in tal senso, C.d.S. n. 1408/2011).

In alternativa è sempre possibile ricorrere alla procedura aperta o ristretta tramite la pubblicazione di un bando secondo le modalità stabilite dall'art. 36

Codice (si ricorda che è sempre possibile ricorrere alle procedure ad evidenza pubblica, anzi secondo alcuni dovrebbe rimanere la via maestra, costituendo la procedura negoziata pur sempre un'eccezione, da motivare, anche se la normativa sta allargando e quasi normalizzando il ricorso alla procedura negoziata); si rinvia al paragrafo successivo.

Casi particolari di affidamento con procedura negoziata, a prescindere dall'importo, sono previsti negli articoli 62 e 63 Codice, comuni agli affidamenti dei lavori, ai quali si rimanda. L'art. 157 c. 1 Codice prevede che l'affidamento diretto della direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione al progettista, nel caso in cui l'importo cumulativo sia superiore alla soglia comunitaria, è consentito soltanto per particolari e motivate ragioni e ove espressamente previsto dal bando di gara della progettazione.

1.2.2. Incarichi affidati con procedure aperte o ristrette

Se l'importo dell'incarico è pari o superiore a 100.000 euro e inferiore alla soglia comunitaria l'affidamento avviene secondo le procedure aperte o ristrette, che iniziano con la pubblicazione del bando. Se l'importo dell'incarico è di rilevanza comunitaria l'affidamento avviene secondo le modalità stabilite dagli articoli che vanno dal 35 al 99 del Codice. La differenza tra procedure aperte/ristrette sopra o sotto soglia comunitaria si sostanzia nei termini di ricezione delle offerte (35 o 18 giorni) e nelle modalità di pubblicazione (anche GUUE nel sopra soglia).

È obbligatorio il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo. Per quanto riguarda gli elementi di valutazione le Linee guida ANAC n. 1/2016 ammettono le pregresse esperienze (il C.d.S. nel parere n. 1767/2016 ha segnalato i rischi insiti nella commistione tra requisiti di partecipazione ed elementi di valutazione delle offerte, tanto più se associati ad un peso significativo, pur nell'ambito del favor per la commistione espresso nelle nuove direttive europee in materia; però non ha richiesto modifiche). Nello specifico sono stati individuati i seguenti elementi di valutazione:

- Professionalità e adeguatezza desunta da un numero massimo di 3 servizi relativi a interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare la prestazione sotto il profilo tecnico, scelti fra interventi qualificabili affini a quelli oggetto dell'affidamento, eseguiti negli ultimi 10 anni antecedenti la pubblicazione del bando. Il fattore ponderale può variare da 30 a 50. Non è chiarito se tali servizi possono coincidere con quelli utilizzati per la qualificazione. Non è stata accolta l'ipotesi prospettata dal C.d.S. nel parere n. 1767/2016 di valutare la parte eccedente i requisiti di partecipazione, perché avvantaggerebbe gli operatori più strutturati e di maggiori dimensioni, pregiudicando gli operatori economici minori e quindi andando a discapito delle piccole imprese e dei giovani professionisti; è bene che il bando precisi tale aspetto.

- Caratteristiche metodologiche ossia modalità con cui saranno svolte le prestazioni oggetto dell'incarico. Il fattore ponderale può variare da 30 a 50.
- Prezzo; a questo criterio non deve essere associato un fattore elevato se viene prevista la formula di interpolazione lineare (es. Ri/Rmax). Il fattore ponderale può variare da 0 a 20.
- Riduzione del tempo di progettazione. Il fattore ponderale può variare da 0 a 10.
- Prestazioni superiori ad alcuni o tutti i criteri ambientali minimi ovvero soluzioni progettuali che prevedano l'utilizzo di materiale rinnovabile, di cui all'allegato 1 al Decreto MATTM 24/12/2015, relativo alla determinazione dei punteggi premianti. Il fattore ponderale può variare da 0 a 5. In questo elemento può rientrare quanto previsto nel D MATTM 11/10/2017 pubblicato sulla GURI n. 259/2017 (CAM) al punto 2.6.1 ossia la presenza di professionista accreditato dagli organismi di certificazione energetico-ambientale degli edifici accreditati secondo la norma internazionale ISO/IEC 17024.

La somma dei fattori ponderali deve essere pari a 100.

È consigliata l'applicazione della clausola di sbarramento e la riparametrazione (interna) dei punteggi tecnici attribuiti ai criteri di valutazione qualitativi (tutti concetti che saranno meglio illustrati nel paragrafo relativo al criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, al quale si rinvia). Per il prezzo le Linee Guida ANAC n. 1 consigliano il ricorso a formule bilineari.

Si svolge così la procedura di gara, comune alla procedura per i lavori; si rinvia al relativo paragrafo.

2. *L'affidamento degli incarichi di direzione lavori*

Per l'incarico di direzione lavori, se affidato all'esterno, valgono le stesse regole previste per gli incarichi di progettazione. Si ripete che l'art. 157 c. 1 Codice prevede che l'affidamento diretto della direzione

derale può variare da 30 a 50. Non è chiarito se tali servizi possono coincidere con quelli utilizzati per la qualificazione. Non è stata accolta l'ipotesi prospettata dal C.d.S. nel parere n. 1767/2016 di valutare la parte eccedente i requisiti di partecipazione, perché avvantaggerebbe gli operatori più strutturati e di maggiori dimensioni, pregiudicando gli operatori economici minori e quindi andando a discapito delle piccole imprese e dei giovani professionisti; è bene che il bando precisi tale aspetto.

- Caratteristiche metodologiche ossia modalità con cui saranno svolte le prestazioni oggetto dell'incarico. Il fattore ponderale può variare da 30 a 50.

- Prezzo; a questo criterio non deve essere associato un fattore elevato se viene prevista la formula di interpolazione lineare (es. Ri/Rmax). Il fattore ponderale può variare da 0 a 20.

- Riduzione del tempo di progettazione. Il fattore ponderale può variare da 0 a 10.

- Prestazioni superiori ad alcuni o tutti i criteri ambientali minimi ovvero soluzioni progettuali che prevedano l'utilizzo di materiale rinnovabile, di cui all'allegato 1 al Decreto MATTM 24/12/2015, relativo alla determinazione dei punteggi premianti. Il fattore ponderale può variare da 0 a 5. In questo elemento può rientrare quanto previsto nel D MATTM 11/10/2017 pubblicato sulla GURI n. 259/2017 (CAM) al punto 2.6.1 ossia la presenza di professionista accreditato dagli organismi di certificazione energetico-ambientale degli edifici accreditati secondo la norma internazionale ISO/IEC 17024.

dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione al progettista, nel caso in cui l'importo cumulativo sia superiore alla soglia comunitaria, è consentito soltanto per particolari e motivate ragioni e ove espressamente previsto dal bando di gara della progettazione. Una lettura pedissequa della norma potrebbe portare all'interpretazione che nel caso l'importo cumulativo sia inferiore alla soglia comunitaria, l'affidamento diretto della direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione al progettista sia sempre ammesso; si ritiene tuttavia che i principi generali inducano ad applicare la previsione normativa anche nel sotto soglia.

Preme sottolineare che è bene che il Direttore dei Lavori (DL) coincida con il progettista per evitare diversi problemi. Innanzitutto problemi di coordinamento tra il ruolo di progettista e di DL (si ricorda ad esempio che per le eventuali varianti in corso d'opera occorre sentire il progettista) e, soprattutto, per evitare problemi di conflittualità tra l'attività dei due soggetti; ad esempio è più probabile che il DL sia indotto a sollevare ipotesi di errore progettuale se non è stato lui il progettista, con conseguenti controversie tra il DL e il progettista alle quali la S.A non rimane estranea.

Per quanto riguarda gli elementi di valutazione si rinvia in generale a quanto già scritto nel paragrafo precedente in merito all'affidamento della progettazione, da adeguare alla fase esecutiva dei lavori.

3. *L'affidamento degli incarichi di verifica della progettazione (art. 26 Codice)*

La verifica dei vari livelli di progettazione può essere svolta all'interno dell'Ente solamente nei casi previsti dal Codice (art. 26 c. 6) e precisamente:

- per lavori di importo inferiore a 1.000.000 di euro, la verifica è effettuata da:

- a. RUP (anche avvalendosi della struttura di supporto al RUP), sempreché non sia progettista o direttore dei lavori o collaudatore;

- b. uffici tecnici della S.A dotati di un sistema interno di controllo di qualità se la progettazione è interna;

- c. uffici tecnici della S.A se la progettazione è esterna (questo è per deduzione dalla soglia superiore);

- per lavori di importo superiore o uguale a 1.000.000 di euro e fino alla soglia comunitaria, la verifica può essere eseguita dall'ufficio tecnico ove:

- a. il progetto sia stato redatto da progettisti esterni;

- b. ente dotato di un sistema interno di controllo di qualità, conforme alla UNI EN ISO 9001.

Se non è possibile fare eseguire la verifica all'interno della S.A, occorre affidare un incarico all'esterno.

I soggetti esterni che possono eseguire la verifica sono:

- per progetti di importo pari o superiore a 20.000.000 di euro: Organismi di ispezione di tipo A e di tipo C accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020;

- per progetti di importo inferiore a 20.000.000 di euro:

- organismi di ispezione di tipo A e di tipo C accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020;

- coloro che possono essere progettisti (liberi professionisti, società di professionisti, di ingegneria, raggruppamenti temporanei, consorzi stabili, soggetti stranieri) che dispongono di un sistema interno di controllo di qualità conforme alla UNI EN ISO 9001.

I requisiti di capacità generale sono gli stessi previsti per l'affidamento dei lavori (art. 80 Codice). L'indipendenza del soggetto che effettua la verifica è assicurata con la previsione di diverse cause di incompatibilità: chi effettua la verifica non deve aver svolto incarichi per il progetto da verificare. L'attività di verifica deve essere affidata in modo unitario per tutti i livelli di progettazione e per tutti gli ambiti (architettonico, ambientale, strutturale ecc.) Come già visto per l'affidamento degli incarichi di progettazione, le regole di affidamento dell'incarico sono differenti a seconda dell'importo dell'incarico; si rinvia al paragrafo 1.2.

4. *L'affidamento degli incarichi di collaudo*

L'incarico di collaudo (art. 102 Codice, art. 216 Regolamento), in quanto attività propria delle stazioni appaltanti, è conferito, dalle stesse, a propri dipendenti o a dipendenti di AA.AA, con elevata e specifica qualificazione in riferimento all'oggetto del contratto, alla complessità e all'importo delle prestazioni, sulla base di criteri da fissare preventivamente, nel rispetto dei principi di rotazione e trasparenza. Il provvedimento che affida l'incarico a dipendenti della S.A o di AA.AA 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.

È prevista la costituzione dell'albo dei collaudatori, nazionale o regionale.

Possono essere incaricati di collaudo i dipendenti che sono laureati in ingegneria, architettura, e, limitatamente a un solo componente della commissione, in geologia, scienze agrarie e forestali; è inoltre necessaria l'abilitazione all'esercizio della professione. Possono fare parte della commissione di collaudo, limitatamente ad un solo componente, i funzionari amministrativi delle stazioni appaltanti, laureati in scienze giuridiche ed economiche o equipollenti, che abbiano prestato servizio per almeno cinque anni presso AA.AA. L'incarico di collaudo può essere conferito anche a soggetti muniti di laurea breve o diploma universitario, nell'ambito stabilito dalla normativa vigente in ordine alle attività attribuite a ciascuna professione, abilitati all'esercizio della professione.

I collaudatori appartenenti alla S.A partecipano alla ripartizione del fondo incentivante, mentre per i dipendenti di altre amministrazioni pubbliche il compenso è determinato ai sensi della normativa applicabile alla S.A (quindi applicando le tariffe professionali) e nel rispetto dell'art. 61 c. 9 D.L. 112/2008 (il 50% del compenso spettante al dipendente pubblico è versato direttamente ad apposito capitolo del bilancio dello Stato...).

Nell'ipotesi di carenza in organico all'interno della S.A, ovvero di altre amministrazioni pubbliche, di soggetti in possesso dei necessari requisiti, la S.A affida l'incarico di collaudo a soggetti esterni. Nel caso di interventi finanziati da più AA.AA, la S.A fa ricorso prioritariamente a dipendenti appartenenti a dette AA.AA sulla base di specifiche intese che disciplinano i rapporti tra le stesse.

Il collaudatore deve essere incaricato entro trenta giorni dalla data di ultimazione dei lavori, ovvero dalla data di consegna dei lavori in caso di collaudo in corso d'opera.

Il collaudatore esterno deve aver conseguito il titolo professionale necessario individuato nella laurea in ingegneria e architettura (anche laurea breve); limitatamente ad un solo componente della commissione, è ammessa la laurea in geologia, scienze agrarie e forestali; per gli interventi di manutenzione sono ammessi tecnici diplomati (geometra o perito). Tale titolo deve essere posseduto:

- a) da almeno dieci anni per il collaudo di lavori di importo pari o superiore a 5.000.000 di euro;
- b) da almeno cinque anni per il collaudo di lavori di importo inferiore a 5.000.000 di euro.

Occorre inoltre l'iscrizione da almeno cinque anni nel rispettivo albo professionale.

Come già visto per l'affidamento degli incarichi di progettazione (in quanto l'art. 102 c. 6 Codice fa rinvio all'art. 31 c. 8 del medesimo Codice), le regole di affidamento dell'incarico sono differenti a seconda dell'importo dell'incarico da affidare; le soglie importanti sono le seguenti:

- inferiore a 40.000 euro: è possibile l'affidamento diretto. È ammesso il criterio del prezzo più basso;
- inferiore a 100.000 euro: è possibile l'affidamento a procedura negoziata invitando almeno 5 concorrenti. Unico criterio è il miglior rapporto qualità/prezzo;
- inferiore alla soglia comunitaria: occorre la procedura aperta o ristretta con pubblicazione del bando a livello nazionale;
- pari o superiore alla soglia comunitaria: occorre la procedura aperta o ristretta con pubblicazione del bando a livello comunitario.

Le incompatibilità sono elencate al comma 7 dell'art. 102 Codice.

Per le modalità di affidamento si rinvia al paragrafo 1.2.

5. Il Fondo incentivante (art. 113 Codice)

All'espletamento di queste attività (diverse dalla progettazione) e della responsabilità di procedimento è correlata la costituzione di un fondo incentivante dell'importo massimo del 2% dell'importo dei lavori/forniture/servizi posti a base di gara. Per la costituzione di tale fondo occorre un apposito Regolamento adottato dall'amministrazione il quale deve prevedere anche le modalità ed i criteri di ripartizione (Corte di Cassazione n. 13937/2017).

Tale fondo non è previsto per le AA.AA che hanno in essere contratti o convenzioni che prevedono modalità diverse per la retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti.

Tale fondo per l'80% viene distribuito tra i dipendenti che hanno concorso alla realizzazione dell'opera o lavoro (tra il RUP e gli incaricati della verifica del progetto, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori), il restante 20% va destinato all'acquisto di beni e tecnologie per la progettazione interna. L'importo del fondo è comprensivo degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione (resta ancora non definito l'IRAP). Nel caso di incremento dei tempi o dei costi non conformi al Codice, tale incentivo deve essere ridotto.

L'incentivo non è riconosciuto nel caso di lavori di manutenzione (vedi da ultimo Deliberazione Corte

dei Conti - sez. regionale di controllo per l'Umbria 26/4/2017 n. 51/2017/PAR).

Vengono esclusi dal riparto i dirigenti. Nel caso di prestazioni affidate all'esterno, l'incentivo deve essere decurtato in proporzione alle attività esternalizzate. L'incentivo viene corrisposto solo a seguito dell'accertamento positivo della specifica attività svolta. Per la sua ripartizione deve essere richiamato anche l'art. 31 c. 12 Codice: *la valutazione della attività di controllo da parte dei competenti organismi di valutazione incide anche sulla corresponsione degli incentivi di cui all'art. 113.*

Per la Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, n. 72/2013/par del 6.3.2013 (riferito al precedente art. 92 Codice) e per la Corte di Cassazione (sentenza n. 13937/2017) l'incentivo non è dovuto se l'iter non giunge, quantomeno, alla fase di pubblicazione del bando o spedizione della lettera di invito. Sono poi posti dei limiti all'importo massimo dell'incentivo spettante al dipendente.

La Corte Conti sezione controllo Liguria con deliberazione 58/2017 ha sospeso la decisione sul parere richiesto per sottoporre al Presidente della Corte dei conti, la seguente questione di massima: "se gli incentivi tecnici di cui al comma 2 dell'art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016, debbano essere ricompresi nel computo della spesa rilevante ai fini del rispetto del tetto di spesa previsto dall'art. 1, comma 557, della legge n. 296/2006, nonché ai fini del rispetto del tetto di spesa previsto dall'art. 1, comma 236, della legge n. 208/2015".

Si ritiene che le nuove norme introdotte dal Codice, come già era accaduto per le modifiche precedenti (da ultimo D.L. n. 90/2014), non sono retroattive (C.d.C. n. 11/2015 e 183/2015): si applicano alle attività compiute dopo l'entrata in vigore del Codice. L'ANAC con il comunicato 6.9.2017 ha apportato le seguenti importanti precisazioni:

- ciò che rileva ai fini dell'individuazione della disciplina normativa applicabile è il compimento delle attività oggetto di incentivazione (in deroga al principio generale ex art. 126 c. 1 Codice che per determinare l'applicazione del Codice prende in considerazione la data di pubblicazione del bando di gara).
- Non è possibile corrispondere anticipazioni; sono possibili forme diluite nel tempo solo per prestazioni di durata, sempre in relazione all'attività effettivamente svolta.
- È necessario il Regolamento dell'Ente.

La Corte dei conti, sez. aut., con delibere n. 7 e 24 del 2017, aveva stabilito che gli incentivi per funzioni tecniche trovassero capienza all'interno del fondo per

l'erogazione del compenso incentivante al personale dipendente, limitandone di fatto il concreto utilizzo. La legge 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio 2018), al comma 526 dispone che gli incentivi di cui all'art. 113 del Codice dei contratti fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture.

Cap. VII

L'affidamento dei lavori pubblici

Per l'esecuzione dei lavori vige il principio inverso rispetto alla progettazione: l'esecuzione deve essere affidata all'esterno; può essere eseguita "internamente", tramite i lavori in amministrazione diretta, solo a precise condizioni (si rinvia al successivo Cap. VIII, paragrafo "I lavori in amministrazione diretta"). Occorre quindi affidare ad altri soggetti, esterni, la realizzazione dei lavori.

Per scegliere il soggetto esterno cui affidare l'esecuzione dei lavori occorre, nella maggioranza dei casi, una gara. Le procedure di affidamento hanno come scopo quello di individuare il migliore contraente.

La procedura di gara altro non è che la fase di individuazione del contraente con il quale la P.A. stipulerà un contratto, del tutto assimilabile, sotto il profilo funzionale, alla fase delle trattative che precede la conclusione di un contratto tra soggetti privati. Nel caso del contratto pubblico, la fase precontrattuale è "procedimentalizzata" e rigorosamente disciplinata dalla legge, in ragione dell'interesse pubblicistico e delle esigenze di trasparenza e imparzialità che connotano l'azione della P.A. ai sensi dell'art. 97 Cost. Quanto sopra, se vale a imporre all'amministrazione rigorosi obblighi procedurali, nel senso che la P.A. non è libera di scegliere a suo arbitrio il proprio interlocutore, non esclude però l'autonomia della stessa nel determinare, a monte, il contenuto della prestazione contrattuale oggetto di affidamento, e quindi nel determinare le esigenze pubbliche da perseguire e le modalità con cui dovranno essere soddisfatte in concreto (con il solo limite - come è ovvio - del rispetto dell'interesse pubblico generale).

La procedura di affidamento deve rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel Codice.

Con il D.L. 133/2014 (art. 9) erano state fissate regole particolari per l'affidamento degli interventi di

messa in sicurezza degli edifici scolastici, di mitigazione dei rischi idraulici e geomorfologici del territorio, di adeguamento alla normativa antisismica e di tutela ambientale e del patrimonio culturale, di importo inferiore alla soglia comunitaria; erano state inoltre introdotte una serie di micro semplificazioni per i lavori di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati (in tema di numero minimo di invitati alle procedure ristrette, negoziate e nel dialogo competitivo; in tema di procedura negoziata, di termini di pubblicazione, di varianti, e di progettazione). Tali semplificazioni erano tutte riferite agli adempimenti del vecchio Codice, si pone pertanto il dubbio se si intendono o meno traslate al nuovo Codice: l'ANAC con lettera prot. 135996/2016 ha concluso che la disciplina speciale riguardante gli interventi di estrema urgenza in materia di vincolo idrogeologico, antisismica e messa in sicurezza degli edifici scolastici risulta ancora vigente.

1. I soggetti a cui possono essere affidati i contratti di lavori pubblici (art. 45 Codice)

Possono concorrere agli affidamenti di appalti pubblici tutti gli operatori economici, dizione che comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento (RTC) o consorzio di essi, il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del D.Lgs. n. 240/1991 e le aggregazioni tra imprese aderenti al contratto di rete (reti di impresa) regolamentate, a livello civilistico, dai commi 4-ter e 4-quater dell'art. 3, D.L. n. 5/2009. In merito a queste ultime (per le quali valgono regole semplificate in tema di distacco dei lavoratori), il contratto di rete può prevedere tre diverse compagini organizzative, a seconda che la rete di imprese sia dotato di fondo patrimoniale comune, di organo comune, e abbia acquisito soggettività giuridica. Per i chiarimenti era intervenuta l'AVCP con la determinazione n. 3/2013.

Va posto l'accento sul fatto che sono ammesse non solo le imprese, ossia soggetti che hanno scopo di lucro, ma, sulla scia delle direttive comunitarie e delle sentenze della Corte di Giustizia U.E. (sentenze del 23.12.2009 n. C-305/08 e del 11.12.2014 n. c-113/13) in generale tutti gli operatori economici che offrono sul mercato la realizzazione di lavori o opere. Questa terminologia, differente da quella comunemente utilizzata dal legislatore italiano, ha portato a concludere che possono partecipare alle gare (ed essere subappaltatori) anche soggetti quali gli enti pubblici non economici (es. Università) se tale attività rientra tra i loro fini istituzionali, che deve essere verificata da

parte della S.A (parere AVCP 127/2008). Le Università e le associazioni sportive possono partecipare alle gare, anche se beneficiano di sovvenzioni che consentono di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli dei concorrenti non sovvenzionati. È stato notato che, se il legislatore comunitario avesse avuto intenzione di obbligare la P.A ad escludere questi soggetti, l'avrebbe espressamente indicato (parere AVCP 101/2010). Così la Croce Rossa Italiana può partecipare alle procedure ad evidenza pubblica, purché l'oggetto della gara rientri nelle attività che la stessa svolge in base alle proprie regole statutarie ed in condizione di par condicio con gli altri concorrenti. Quest'ultima precisazione riguarda, in particolare, i costi sostenuti per il personale che viene adibito allo svolgimento delle prestazioni dedotte in appalto, con particolare riferimento all'utilizzo di personale dipendente o volontario (deliberazione AVCP n. 307/2007). Non v'è quindi ragione di escludere anche soggetti economici senza scopo di lucro, quali le associazioni di volontariato (Onlus, ex legge n. 266/1991), che possano soddisfare i necessari requisiti ed essere qualificati come "imprenditori", "fornitori" o "prestatori di servizi" ai sensi delle disposizioni vigenti in materia, attese la personalità giuridica e la loro capacità di esercitare anche attività di impresa, pur se non hanno l'iscrizione alla CCIAA (sentenza CGE c-50/14 del 28/1/2016 e C.d.S. n. 116/2016); si deve pertanto ritenere superato il parere AVCP n. 131/2009, anche se rimane il fatto che il Codice all'art. 83 c. 3 prevede l'obbligatorietà dell'iscrizione alla CCIAA per dimostrare il possesso dei requisiti di idoneità professionale, iscrizione richiesta anche dal D.Lgs. 81/2008 agli artt. 26 e 90 e allegato XVII.

Sempre al fine di allargare il più possibile la platea dei possibili partecipanti, è stabilito che possono partecipare anche i raggruppamenti temporanei di concorrenti (RTC) costituiti tra i soggetti sopra elencati, anche se il raggruppamento non è ancora costituito al momento della partecipazione alla gara; la costituzione dovrà avvenire all'atto dell'affidamento, qualora il raggruppamento risulti aggiudicatario.

I RTC si distinguono in RTC di tipo orizzontale e di tipo verticale. Per RTC di tipo orizzontale si intende una riunione di concorrenti finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria. Per RTC di tipo verticale si intende una riunione di concorrenti nell'ambito della quale uno di essi (il capogruppo, altrimenti detto mandatario) realizza i lavori della categoria prevalente; mentre i lavori scorponabili (lavori non appartenenti alla categoria prevalente e così definiti nel bando di gara) sono realizzati dai mandanti. Per evitare che il

RTC venga abusivamente costituito per far partecipare alla gara un soggetto diverso da quello che poi eseguirà il contratto (oppure in misure proporzionali diverse) vige il principio secondo il quale deve esservi corrispondenza tra la quota di esecuzione dei lavori ed il possesso dei requisiti come costantemente confermato dalla giurisprudenza (tra le ultime C.d.S. 2321/2017 e 3029/2017), mentre non vi è univocità circa l'obbligo di corrispondenza tra quota di partecipazione e di esecuzione (C.d.S. 2321/2017). Ora il Codice prevede all'art. 45 c. 5 che è possibile richiedere ai RTC condizioni per l'esecuzione di un appalto diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive. Una dissociazione tra requisiti di qualificazione (che individuano la capacità imprenditoriale dell'operatore economico) e le quote di esecuzione dei lavori da affidare, renderebbe inutile la fissazione, da parte delle leggi, dei regolamenti e dei bandi di gara degli stessi requisiti di qualificazione (C.d.S. 3679/2017). La questione però non è pacifica tant'è che il C.d.S. 4403/2017 ha rimesso all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato decidere se, in caso di esecutori plurisoggettivi costituiti in RTC, può ritenersi liberamente modulabile la ripartizione interna delle quote di esecuzione fra le imprese partecipanti.

Viene poi ammessa esplicitamente la possibilità di modificare le quote di esecuzione in corso di contratto, in determinati casi, previa autorizzazione della S.A che deve controllare la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti.

Per evitare un eccessivo frazionamento dei lavori all'interno del RTC, l'art. 92 Regolamento pone dei requisiti minimi che devono essere posseduti dai singoli componenti il raggruppamento.

L'offerta dei concorrenti raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della S.A. Per gli assuntori di lavori scorporabili (mandanti del RTC verticale) la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del capogruppo.

Al consorzio ordinario di concorrenti, costituito ai sensi dell'art. 2602 c.c. (art. 45, comma 2, lett. e) del Codice), si applicano le disposizioni di cui all'art. 48 Codice dettate per i RTC. La predetta assimilazione comporta che i consorzi ordinari di concorrenti non possono avere una propria qualificazione e, quindi, partecipano alle gare utilizzando le qualificazioni dei propri consorziati. Siffatti consorzi non possono partecipare ad una gara per conto solo di alcuni dei consorziati, essendo tale possibilità espressamente prevista soltanto per i consorzi di cooperative, per

i consorzi artigiani e per i consorzi stabili (art. 48, comma 7 Codice). Non essendo prevista nessuna disposizione analoga per i consorzi ordinari di concorrenti, conseguentemente, qualora vogliano partecipare ad una gara solo alcune imprese consorziate, queste devono vincolarsi, al pari di un RTC, attraverso un mandato collettivo speciale, irrevocabile e con rappresentanza (determinazione AVCP 11/2004).

2. I requisiti morali (o di capacità generale) dei soggetti cui possono essere affidati i contratti di lavori pubblici (art. 80 Codice)

Tutti i soggetti che partecipano alla gara devono essere in possesso dei requisiti di capacità generale; si tratta di requisiti che involgono l'affidabilità morale del soggetto partecipante, elencati all'art. 80 Codice. Si elencano di seguito tali cause di esclusione (non applicabili alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'art. 12-sexies, D.L. n. 306/1992 o degli artt. 20 e 24, D.Lgs. n. 159/2011 ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento).

Il primo gruppo riguarda l'assenza di condanne penali, un secondo gruppo la posizione previdenziale ed erariale ed un terzo gruppo lo stato deontologico:

a) condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per i delitti elencati al c. 1, quali partecipazione ad organizzazioni criminali, terrorismo, false comunicazioni sociali (aggiunto dal Correttivo), frode e sfruttamento di lavoro minorile. L'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti di:

- titolare o direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;
- soci o direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo;
- soci accomandatari o direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice;
- membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, compresi institori e procuratori generali (aggiunto dal Correttivo), dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società

con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. Nel caso di società costituite da due soci che detengono entrambi il 50% del capitale sociale, l'obbligo di dichiarazione grava su entrambi (sentenza C.d.S. n. 4920/2016); non sussiste invece socio di maggioranza se ci sono tre soci con uguali quote (sentenza C.d.S. n. 3963/2013) perché socio di maggioranza non equivale a socio con quote paritetiche. L'esclusione ed il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata. Affinché ci sia dissociazione deve esserci l'estromissione dalla compagine sociale; non sono sufficienti le dimissioni, che derivano dalla volontà del soggetto autore dei reati (C.d.S. n. 3578/2016) oppure se viene sostituito dal coniuge di lui (C.d.S. n. 786/2017). È ormai accertato che in tema di omessa dichiarazione di condanne penali in presenza di un bando che prevede l'obbligo di dichiarare integralmente tutti i precedenti penali, non rientra nella teoria del falso innocuo e il concorrente va escluso (C.d.S. nn. 2725/2017 e 3402/2016). Per quanto riguarda i casi di fusione, cessione d'azienda e/o affitto del ramo di azienda ecc., la dichiarazione dei soggetti cessati dalla carica deve essere resa anche dalla società incorporata o che si è fusa, ma in mancanza di una norma del bando con specifica comminatoria in tal senso, l'esclusione può essere disposta non per la mera omessa dichiarazione ma soltanto quando sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito (C.d.S. n. 52/2017). Per l'affitto del ramo d'azienda non vale il limite temporale di un anno (C.d.S. n. 3988/2017).

Il concorrente non è tenuto ad indicare le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione.

Se la sentenza definitiva ha imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero ha riconosciuto l'attenuante della collaborazione, il concorrente è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti; tali misure (dette di self-cleaning) devono essere adottate entro il termine di presentazione dell'offerta (delibera ANAC n. 89/2017).

La dimostrazione di tale requisito avviene con il certificato del casellario giudiziale.

b) Sussistenza di cause di decadenza, sospensione o divieto previste dall'art. 67 del D.Lgs. n. 159/2011 (c.d. codice antimafia) o di un tentativo di infiltrazione mafiosa art. 84 medesimo decreto. La dimostrazione avviene attraverso la comunicazione antimafia e la informazione antimafia; l'art. 1, c. 52-bis, D.Lgs. n. 190/2012 prevede la verifica antimafia, sia per la stipula dei contratti che per l'autorizzazione dei subappalti, tramite consultazione della "white list" ossia dell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa tenuto da ciascuna Prefettura e pubblicato nella sezione "Amministrazione trasparente" (che sostituisce la richiesta di comunicazione o di informazione antimafia). In mancanza di iscrizione la documentazione antimafia viene acquisita tramite consultazione della Banca Dati Nazionale Antimafia (www.interno.gov.it). Dall'art. 86 c. 2 lett. a) Codice parrebbe che anche questo requisito sia dimostrato col certificato del casellario giudiziale. La verifica deve essere effettuata per i medesimi soggetti di cui al punto a).

c) Aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui è stabilito il concorrente. Si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del D.P.R. n. 602/1973 (attualmente € 10.000,00). Sono definitivamente accertate se contenute in sentenze e atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Si intendono gravi le violazioni in materia contributiva e previdenziale ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'art. 2, comma 2, del D.L. n. 210/2002, già DURC, ora DOL disciplinato dal D.M. del Ministero del lavoro e delle politiche sociali datato 30/1/2015 (all'art. 3, c. 3, prevede che non si considera grave lo scostamento tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascuna gestione pari o inferiore ad € 150,00) oppure delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento (quest'ultimo aggiunto dal Correttivo).

d) Aver commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, sociale e ambientale. La gravità deve essere desunta dalla specifica tipologia dell'infrazione

commessa, sulla base del tipo di sanzione (arresto o ammenda) dell'eventuale reiterazione della condotta, del grado di colpevolezza e delle conseguenze dannose che ne sono derivate, ad esempio infortunio sul lavoro (parere AVCP n. 148/2010).

e) Stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, (salvo il caso di concordato con continuità aziendale cui all'art. 186-bis del R.D. n. 267/1942, fatto salvo quanto previsto all'art. 110 c. 3 Codice), o di tali procedimenti in corso.

f) Aver commesso gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la integrità o affidabilità dell'operatore economico (es. significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento danni, il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale o di ottenere informazioni riservate). La grave negligenza o malafede è valutazione di tipo discrezionale e quindi occorre effettuare tale valutazione, anche nel caso si decida di non escludere il concorrente (delibera AVCP 136/2007). Non essendo indicati dalla norma quali sono gli illeciti professionali la norma ha lasciato ampio margine di discrezionalità alla S.A, che dovrà valutare caso per caso, fornendo adeguata e congrua motivazione, indicando se il reato provoca, secondo il comune e ragionevole convincimento, un'obiettiva incisione sull'affidabilità del concorrente, effettuando una valutazione concreta e sostanziale di tutti gli elementi che possono incidere sulla fiducia contrattuale, quali, ad esempio, l'elemento psicologico, la gravità del fatto, e l'eventuale recidiva (pareri AVCP 52/2008 e 162/2008); le L.G. ANAC n. 6/2016 (e aggiornate nel 2017), emesse ai sensi del c. 13, precisano quali carenze sono significative e quali mezzi di prova considerare adeguati.

g) Esistenza di un conflitto di interesse non diversamente risolvibile.

h) Sussiste il coinvolgimento nella fase precedente alla gara tale da comportare una distorsione della concorrenza che non può essere risolta con misure meno intrusive.

i) È stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 231/2001 "*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*" o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la P.A compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'art.

14 D.Lgs. n. 81/2008, come ad esempio art. 44 del D.Lgs. n. 286/1998 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*), art. 1-bis, c. 14, legge n. 383/2001 (*per i soggetti che si sono avvalsi dei piani individuali di emersione del lavoro sommerso*), art. 41, D.Lgs. n. 198/2006 (*Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*), art. 37, D.L. n. 78/2010 come convertito in legge n. 122/2010 (*disposizioni antiriciclaggio*); va poi aggiunta l'ipotesi di esclusione per il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità di cui alla legge n. 190/2012.

l) Presentazione di falsa documentazione in sede di gara o di subappalti (aggiunto dal Correttivo).

m) Nei cui confronti risulta l'iscrizione nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione:

- nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti (aggiunto dal Correttivo). L'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'iscrizione.

- ai fini del rilascio dell'attestazione SOA.

n) Violazione del divieto di intestazione fiduciaria posto all'art. 17, legge n. 55/1990. L'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa.

o) Mancata presentazione della certificazione di cui all'art. 17 della legge n. 68/1999 (legge sui disabili) oppure mancata autocertificazione della sussistenza del medesimo requisito.

p) Soggetti che, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli artt. 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'art. 7 del D.L. n. 152/1991, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'art. 4, primo comma, della legge n. 689/1981: "*Non risponde delle violazioni amministrative chi ha commesso il fatto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa*". La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio.

q) Trovarsi, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale. La giurisprudenza ha ritenuto che sussistono indizi gravi, precisi e concordanti, tali da far ritenere che più offerte siano state presentate da un unico centro decisionale, nel caso di buste con stessa dimensione, colore e impostazione grafica, plichi spediti da medesimo ufficio postale nello stesso giorno, documentazione compilata con grafia simile, polizze rilasciate da medesima compagnia di assicurazione, stessa agenzia, medesimo giorno e numero progressivo, legali rappresentanti hanno stessa residenza (tra le altre, C.d.S. 4850/2008 e 2631/2013). La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, in quanto l'offerta stessa può contenere indizi sulla autonomia dell'offerta o meno. La documentazione a comprova dell'autonomia dell'offerta dovrà essere presentata solo dietro richiesta della S.A. Grava sulla S.A il solo compito di individuare gli indizi dell'esistenza di un unico centro decisionale e non anche il compito di provare in concreto l'avvenuta alterazione del gioco concorrenziale; devono poi essere le imprese a fornire un'adeguata e puntuale prova in contrario (C.d.S. n. 496/2017).

I requisiti generali devono essere riferiti a tutti i soggetti partecipanti; in caso di partecipazione alle gare dei consorzi stabili, i requisiti di carattere generale, di ordine pubblico e di moralità, devono sussistere anche in capo al concorrente consorzio stabile e non solo in capo alle consorziate designate esecutrici del servizio (parere di Precontenzioso AVCP n. 119/2010).

Non è possibile l'avvalimento per i requisiti di ordine generale.

Le norme che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione vanno interpretate nel rispetto dei principi di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione.

Tali requisiti devono essere posseduti al momento della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, o della domanda di partecipazione nel caso della procedura ristretta, ed essere mantenuti per tutto lo svolgimento della procedura di affidamento fino alla stipula del contratto; non valgono eventuali regolarizzazioni postume (C.d.S. 3866/2016).

Al c. 10 è previsto che se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria dell'incapacità a contrattare con la P.A, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a 5 anni, salvo che la pena principale non sia inferiore e in tale caso è pari alla durata della pena principale e a 3 anni, decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo, nei casi di cui ai commi 4 e 5 art. 80 (ossia lettere da c) a q) ove non sia intervenuta sentenza di condanna.

Vige il principio generale per cui i requisiti possono essere autodichiarati tramite la presentazione del documento di gara unico europeo (DGUE) previsto all'art. 85 Codice. Il modello di tale documento era stato già predisposto a livello comunitario dal Regolamento di esecuzione UE 2016/7 con obiettivi di semplificazione degli oneri amministrativi, uniformando l'autodichiarazione in merito al possesso dei requisiti generali e di capacità economico finanziaria che i concorrenti devono presentare per partecipare alla gara. Tale modello è stato recepito in Italia con la Circolare Ministero Infrastrutture e Trasporti n. 3 del 18/7/2016 pubblicata sulla GURI n. 174/2016 (preceduta da un non ben identificato comunicato di pari tenore pubblicato sulla GURI n. 170/2016) contenente le Linee guida e che ha introdotto un DGUE nazionale il quale, oltre a richiamare espressamente il D.P.R. n. 445/2000, è adattato ai requisiti (es. sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 cpp) previsti dal nostro ordinamento e parallelamente sono state eliminate le ipotesi di situazioni non previste nell'ambito del nostro ordinamento quali lo stato di amministrazione controllata e gli accordi intesi a falsare la concorrenza. Non è stata recepita la modifica ai requisiti introdotta dal Correttivo. L'utilizzo di tale modello è obbligatorio per le gare con pubblicazione di bando di importo comunitario, facoltativo per gli importi inferiori e per le procedure negoziate senza bando. A partire dal 18/4/2018 dovrà essere solamente elettronico. In caso di affidamento suddiviso in lotti devono essere compilati tanti DGUE quanti sono i lotti, nel caso in cui i criteri di selezione siano differenti, altrimenti vi sarà un unico modello per ogni gruppo di lotti con criteri di selezione identici. Deve essere compilato anche dall'impresa ausiliaria.

Negli appalti di lavori di importo comunitario oppure, indipendentemente dall'importo, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge n. 190/2012 è obbligato-

ria l'indicazione della terna di subappaltatori. In tal caso il bando o avviso con cui si indice la gara prevedono tale obbligo. L'art. 80 prevede che, nel caso venga richiesta la terna, i subappaltatori devono possedere i requisiti di capacità generale (e rendere la dichiarazione di cui all'art. 80 Codice). Peccato che il legislatore non abbia indicato se questi concorrono anche a comporre la qualificazione dei requisiti di capacità economico finanziario e tecnico organizzativo del partecipante e se tali subappaltatori possono concorrere in altra forma alla medesima gara oppure essere indicati da più di un concorrente. Non viene affrontato neanche il caso di possibile sostituzione del subappaltatore in corso di esecuzione del contratto; in vigore del D.Lgs. 406/1991 la giurisprudenza era intervenuta per ammettere la possibilità di una loro sostituzione.

3. Requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa dei soggetti cui possono essere affidati i contratti di lavori pubblici (art. 84 Codice)

I soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori, oltre ad essere in possesso dei requisiti di ordine generale (già visti nel paragrafo precedente), devono possedere i requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa (requisiti speciali).

Le modalità per dimostrare i requisiti cambiano a seconda che l'importo dei lavori sia inferiore a 150.000 euro oppure pari o superiore a tale soglia. Sono previste Linee guida ANAC per il sistema di qualificazione dei lavori (art. 83 Codice) ed anche un decreto MIT (art. 84 c. 12 Codice). Per ora si continua ad applicare il Regolamento.

3.1. Inferiore a 150.000 euro

La dimostrazione avviene in gara, ed i requisiti sono quelli previsti dall'art. 90 del Regolamento:

- importo lavori analoghi eseguiti direttamente (e cioè non tramite consorzi ordinari di concorrenti e GEIE né tramite società fra imprese riunite) nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare. La dimostrazione avviene tramite certificati di esecuzione lavori (fatture e certificato di collaudo se i lavori sono stati eseguiti per privati). Ora che è in funzione la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP), prevista dall'art. 81 Codice, attualmente ancora attraverso il sistema denominato AVCPass (obbligatorio dal 1/7/2014 per i

lavori di importo superiore a 40.000 euro), il concorrente deve indicare il numero del certificato di esecuzione dei lavori (emesso ai sensi dell'allegato B Regolamento); si rinvia al paragrafo successivo. Successivamente la Banca Dati centralizzata sarà gestita dal MIT (si è in attesa del relativo Decreto), ma al momento si continua ad utilizzare il sistema AVCPass (comunicato ANAC 4/5/2016);

- costo complessivo sostenuto per il personale dipendente non inferiore al 15% dell'importo dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando (con la possibilità di ridurre figurativamente l'importo dei lavori analoghi per ristabilire la percentuale richiesta). La dimostrazione avviene mediante consultazione dei bilanci o dichiarazioni IVA;

- adeguata attrezzatura tecnica. La dimostrazione può avvenire con il registro beni ammortizzabili oppure con l'importo degli ammortamenti (e quindi con il bilancio).

In caso di possesso dell'attestazione SOA relativa ai lavori da eseguire non è necessario presentare la documentazione sopra elencata per dimostrare il possesso dei requisiti di capacità.

3.2. Pari o superiore a 150.000 euro - le attestazioni SOA

La dimostrazione dei requisiti avviene esclusivamente tramite l'attestazione SOA, rilasciata dalle "Società Organismo di Attestazione" (in sigla SOA). L'attestazione SOA riporta le categorie e le classifiche di lavori per le quali il soggetto è qualificato. Le imprese sono così qualificate per categorie (tipologie di lavorazioni già elencate nell'allegato A Regolamento ed ora nel D.L. n. 47/2014) e classifiche (importi di lavori che possono essere eseguiti, secondo gli scaglioni riportati all'art. 61 Regolamento). Le categorie si distinguono in generali (OG) oppure specializzate (OS).

Per il rilascio dell'attestato, la SOA deve verificare che sussistano i requisiti di ordine speciale di cui all'art. 79 Regolamento. In particolare l'impresa deve avere già eseguito dei lavori per gli importi stabiliti dal Regolamento, attestati tramite i certificati di esecuzione dei lavori, rilasciati dalle AA.AA, dagli enti aggiudicatori, dagli organismi di diritto pubblico e stazioni appaltanti e trasmessi all'Osservatorio esclusivamente mediante modalità telematiche (inserimento *on line* sul sito www.anticorruzione.it). I certificati di esecuzione dei lavori devono contenere

la espressa dichiarazione che i lavori sono stati eseguiti regolarmente e con buon esito; se hanno dato luogo a vertenze arbitrali o giudiziarie ne viene indicato l'esito. Per i lavori eseguiti in proprio oppure per soggetti non tenuti all'applicazione del Codice e del Regolamento, la dimostrazione avviene ai sensi dell'art. 86 Regolamento.

Il certificato di esecuzione lavori nella categoria OG13 (Opere di ingegneria naturalistica) deve contenere l'attestato rilasciato dalle autorità eventualmente preposte alla tutela dei beni cui si riferiscono i lavori eseguiti. Per la categoria OS 12-A (barriere stradali di sicurezza), ai fini del collaudo, l'esecutore presenta una certificazione del produttore dei beni oggetto della categoria attestante il corretto montaggio e la corretta installazione.

Per la qualificazione nella categoria OG11 (impianti tecnologici) l'impresa deve dimostrare di possedere, per ciascuna delle categorie di opere specializzate che la compongono (OS3, OS28 e OS30) almeno una determinata percentuale fissata all'art. 79, c. 16, Regolamento.

Sono previsti degli incrementi convenzionali premianti per le imprese "virtuose", che presentano determinati requisiti ed indici economico-finanziari (art. 80 Regolamento).

Per la qualificazione nella classifica dalla III in avanti occorre il possesso del sistema di qualità aziendale Uni En Iso 9000. L'obbligo del possesso del requisito di qualità sussiste solo quando l'importo dei lavori che il concorrente intende assumere richiede una classifica di qualificazione per la quale il possesso è obbligatorio (classifica III). Non è l'importo dell'appalto che, superando un certo limite, comporta automaticamente l'obbligo del possesso del requisito di qualità per tutti i concorrenti ma è l'importo dei lavori che ciascun concorrente intende assumere a determinare l'obbligo del possesso del requisito. Se il concorrente può partecipare anche con la classifica II non è necessaria la certificazione di qualità (delibera AVCP 55/2007).

Regole particolari valgono per il consorzio stabile: la somma delle cifre d'affari in lavori realizzate da ciascuna impresa consorziata, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, è incrementata di una percentuale della somma stessa. La qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Regole particolari valgono per la qualificazione nella classifica di importo illimitato.

Le categorie per le quali l'impresa ha ottenuto l'attestazione SOA sono riportate nel certificato CCIAA. Sono anche consultabili sul sito www.anticorruzione.it nei servizi ad accesso libero.

L'attestato SOA ha validità 5 anni con verifica triennale del mantenimento di una parte dei requisiti (requisiti di ordine generale, e requisiti di capacità strutturale quali il sistema di qualità aziendale, idonee referenze bancarie e patrimonio netto, direzione tecnica, adeguata dotazione di attrezzature tecniche e adeguato organico medio annuo). Almeno 90 giorni prima della scadenza del termine, l'impresa che intende rinnovare l'attestazione deve stipulare un nuovo contratto con la SOA. Per la verifica triennale invece l'impresa deve sottoporsi alla verifica in data non antecedente a 90 giorni prima della scadenza del termine, stipulando apposito contratto. Il termine non è perentorio, ossia l'impresa può sottoporsi a verifica anche dopo la scadenza del triennio di validità dell'attestazione ma, in tal caso, l'impresa non può partecipare a gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio sino alla data di effettuazione della verifica con esito positivo. Di converso, l'impresa può partecipare alla gara esibendo alla S.A anche soltanto la domanda con la quale ha chiesto di effettuare la verifica triennale o il rinnovo della attestazione, se proposta nel termine (C.d.S. 3445/2016).

Gli operatori facenti parte di un gruppo imprenditoriale per ottenere l'attestazione SOA possono dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa anche "avvalendosi" dei requisiti posseduti da altra impresa che appartiene allo stesso gruppo societario (vi devono essere rapporti di controllo tra le due imprese). In questo caso l'impresa ausiliata deve presentare alla SOA la dichiarazione dell'ausiliario (colui che presta i requisiti) con la quale quest'ultimo si obbliga a mettere a disposizione le risorse oggetto di avalimento per tutto il periodo di validità dell'attestazione SOA. Non è possibile l'avvalimento per i lavori sui beni culturali tutelati ai sensi del D.Lgs. 42/2004.

Il sistema SOA è destinato ad essere soppiantato da altro sistema che sarà disciplinato dal Decreto MIT e che porterà all'abrogazione degli artt. 248 e 251 Regolamento.

4. Le categorie e le classifiche per partecipare alla gara (art. 84 Codice, e D.L. n. 47/2014 e DM 248/2016)

Nello schema di contratto e nel bando devono essere indicate le categorie e le classifiche richieste per l'esecuzione dei lavori.

Le categorie, a seconda del loro valore in relazione all'importo complessivo della gara, vengono denominate nei seguenti modi:

- categoria prevalente: quella di maggior importo. In essa confluiscono anche tutte le categorie che non raggiungono il 10% dell'importo complessivo dei lavori (comprensivo dei costi per la sicurezza) oppure i 150.000 euro. Chi partecipa deve possedere la qualificazione nella categoria prevalente per il relativo importo;

- categoria scorporabile/subappaltabile: tutte quelle che superano il 10% dell'importo complessivo dei lavori (comprensivo dei costi per la sicurezza) oppure i 150.000 euro. Possono essere a qualificazione obbligatoria oppure non obbligatoria:

- qualificazione non obbligatoria: il soggetto che partecipa può non avere la qualificazione relativa e per l'importo mancante si qualifica nella categoria prevalente. In caso di aggiudicazione l'esecutore può eseguire tali lavorazioni oppure può subappaltarle a terzi in possesso della relativa qualificazione per il relativo importo (fermo restando il rispetto del limite massimo del 30% dell'importo del contratto);

- qualificazione obbligatoria (elencate nell'art. 12 c. 2 lett. b) del D.L. n. 47/2014): il soggetto che partecipa può non avere la qualificazione relativa e per l'importo mancante si qualifica nella categoria prevalente ma deve obbligatoriamente indicare tali lavorazioni tra quelle che intende subappaltare (cosiddetto subappalto necessario). Questa disposizione si riflette indirettamente sul procedimento di gara perché, se nell'oggetto del contratto sono previste delle categorie di lavorazioni a qualificazione obbligatoria è necessario che il concorrente alla gara, se privo della relativa qualificazione, dichiari espressamente la volontà di subappaltarle; se non lo dichiara deve essere escluso dalla gara. Infatti, se il concorrente risultasse aggiudicatario, il contratto diventerebbe impossibile da eseguire: tali lavorazioni non potrebbero essere svolte dall'esecutore perché mancante della relativa qualificazione e non potrebbero essere subappaltate in quanto non indicate in sede di gara (l'art. 105 Codice stabilisce,

tra le varie condizioni necessarie per autorizzare il subappalto, che il concorrente all'atto dell'offerta abbia indicato i lavori o le parti di opere che intende subappaltare o concedere in cottimo) (1).

In sede di esecuzione del contratto possono essere eseguite dall'esecutore solo se questi ha la relativa qualificazione; in caso contrario devono essere obbligatoriamente subappaltate a terzi in possesso della relativa qualificazione per il relativo importo. L'elenco delle categorie a qualificazione obbligatoria è ora contenuto nel D.L. n. 47/2014. Come aveva affermato l'AVCP (nel parere n. 121/2007) è bene che il bando di gara preveda espressamente l'obbligo di indicare tali lavorazioni tra quelle da subappaltare, per le imprese prive della relativa qualificazione, pena l'esclusione dalla gara. A seguito delle divergenze interpretative delle diverse sezioni del Consiglio di Stato, è intervenuta l'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 9/2015 del 2/11/2015 (poi ripresa da diverse altre sentenze C.d.S., vedi, da ultimo la n. 2184/2017) per decidere che, nel caso il concorrente manchi dell'attestato SOA nella categoria a qualificazione obbligatoria, è sufficiente che il concorrente indichi l'intenzione di subappaltare la lavorazione, senza dover obbligatoriamente indicare il nominativo del soggetto cui intende subappaltare. Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 3857/2013 ha stabilito che la S.A può stabilire nel bando limitazioni al subappalto anche per categorie che non sono a qualificazione obbligatoria, in quanto il divieto di subappalto di alcune categorie di opere fissato per legge non implica che le opere diverse da quelle considerate non possano costituire oggetto di un divieto di subappalto imposto dalla SA, se connesso ad un autonomo ed importante rilievo;

- lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, c.d. SIOS che superano il 10% dell'importo complessivo dei lavori (comprensivo dei costi per la sicurezza). Le categorie SIOS sono state definite dal Decreto MIT 248/2016. Chi partecipa deve possedere la relativa qualificazione per almeno il 70% del relativo importo (ed in tal caso per il restante 30% si qualifica nella prevalente). Se l'importo della categoria SIOS

(1) Questa affermazione era ormai consolidata, ma ora messa in discussione dal nuovo art. 105 c. 3 lett. c-bis) Codice, secondo il quale le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto non rientra nel subappalto.

è inferiore a 150.000 euro, nell'ambito di un appalto di importo superiore, la qualificazione nella categoria SIOS può avvenire in gara (senza attestazione SOA), tramite presentazione della documentazione prevista per gli appalti di importo fino a 150.000 euro (ossia tramite i certificati di esecuzione lavori). In sede di esecuzione l'esecutore può subappaltare massimo il 30% della SIOS (tale importo non entra a far parte del limite complessivo del 30% dell'importo del contratto). L'eventuale subappalto non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso.

Particolarità vi sono per le categorie relative ai beni soggetti alle disposizioni di tutela D.Lgs. n. 42/2004 che saranno affrontati nel paragrafo relativo.

L'individuazione delle categorie non è rimessa ad una mera discrezionalità della S.A, dovendo essa essere effettuata dal progettista (delibera ANAC 1378/2016, pareri AVCP 197/2008 e 16/2009). Esulano dai compiti dell'ANAC valutazioni di merito sulle categorie di lavorazioni indicate nel bando, proprie del progettista ed attinenti alla sua responsabilità specifica in sede di progettazione (parere AVCP 184/2008). L'errata attribuzione della categoria prevalente costituisce un vulnus al principio di concorrenza e di libero accesso al mercato, in quanto, da un lato, limita la partecipazione alla gara proprio a quei soggetti che sono in possesso della qualificazione necessaria alla realizzazione dei lavori oggetto dell'appalto, e, dall'altro, consente che i lavori vengano affidati ad un soggetto privo delle capacità necessarie alla realizzazione dell'opera (parere di Precontenzioso AVCP n. 217/2010).

Nel bando può essere richiesta la categoria OG11 solo se sono previste lavorazioni per un importo che raggiunge almeno le seguenti percentuali sull'importo globale delle lavorazioni attinenti alla categoria OG11: OS3 (10%) OS28 (25%) OS30 (25%). L'impresa qualificata nella categoria OG11 può eseguire i lavori di ciascuna delle categorie OS3, OS28 e OS30 per la classifica corrispondente a quella posseduta.

La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di RTC o consorzi ordinari di concorrenti o GEIE la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara. Nel caso di RTC orizzontali o consorzi ordinari di concorrenti o GEIE, il beneficio

dell'incremento del quinto non si applica al capogruppo ai fini del conseguimento del requisito minimo del 40% dell'importo dei lavori e del possesso dei requisiti in misura percentualmente superiore rispetto a ciascun mandante.

Per evitare una frammentazione eccessiva dei requisiti, sono previste regole particolari per i RTC, i consorzi ordinari di concorrenti e i GEIE, di tipo orizzontale (ossia con una ripartizione della medesima lavorazione): i requisiti devono essere posseduti per almeno il 40% dal capogruppo (mandatario) o da un consorziato; la restante percentuale è posseduta cumulativamente, ma ciascun mandante o consorziato deve possedere il requisito nella misura minima del 10%. Nel caso di RTC, consorzi ordinari di concorrenti e GEIE, di tipo verticale (ossia con una ripartizione delle diverse categorie di lavorazioni) il capogruppo possiede i requisiti della categoria prevalente e ciascun soggetto possiede i requisiti di qualificazione della categoria che intende eseguire, per i relativi importi. I requisiti non posseduti dai mandanti sono posseduti dal capogruppo nella categoria prevalente (oppure in quella relativa, avremo in questo caso un RTC misto, non vietato).

Il capogruppo deve possedere (spendere) i requisiti in misura maggiore rispetto a ciascun mandante; non è consentito che, al fine di dimostrare da parte del RTC il possesso dei requisiti, un mandante "spenda" una quota di importo superiore o uguale a quella del mandatario (capogruppo). Questo significa che, nel caso il RTC sia composto da sole due imprese, il capogruppo deve spendere una qualifica superiore al 50% dell'importo dei lavori, perché solo in tal modo esso potrà possedere anche una qualifica superiore a quella del suo unico associato (parere di Precontenzioso AVCP n. 203/2010). Nel caso di RTC misto la partecipazione maggioritaria del capogruppo va riferita non con riguardo all'intero appalto ma rispetto al sub raggruppamento orizzontale per la prestazione principale (C.d.S. n. 2063/2015).

Queste disposizioni, contenute nell'art. 92 Regolamento (tuttora in vigore), possono essere messe in discussione dal nuovo comma 8 dell'art. 83 Codice (post Correttivo) che lascia alla S.A la facoltà di stabilire gara per gara le misure in cui i requisiti di qualificazione devono essere posseduti da ciascun operatore economico raggruppato.

La previsione della partecipazione in RTC è stata introdotta al fine di allargare la platea dei partecipanti alla gara. Dibattuta è la situazione inversa, ossia se un soggetto che già da solo è in possesso

dei requisiti per partecipare alla gara, possa presentarsi in RTC (cosiddetto RTC sovrabbondante). C'è chi vede, in questa possibilità, una restrizione della concorrenza, che è scopo diametralmente opposto a quello per cui il RTC è stato ammesso nell'ordinamento giuridico. È vero che l'ordinamento, in via generale, non lo vieta, ma è anche vero che l'uso di strumenti consentiti in via generale non è di per sé neutro, ben potendo esserne apprezzato il concreto esito, soprattutto alla luce del principio della tutela della concorrenza. Infatti i comportamenti lesivi della concorrenza possono essere posti in essere attraverso un uso di diritti riconosciuti dall'ordinamento (C.d.S. n. 5423/2014). Proprio in virtù di questo il Consiglio di Stato (sentenza n. 4145/2009) recependo una indicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) contenuta nel parere AS251 del 30.1.2003, ha riconosciuto che rientra tra le opzioni a disposizione della S.A, anche se non imposto da alcuna disposizione normativa, da esercitare in relazione alle specifiche caratteristiche del mercato oggetto della procedura, inserire nel bando la clausola che limita la possibilità di associarsi in RTC alle imprese singolarmente in grado di partecipare alla gara. Secondo l'AGCM (AS881/2011) il divieto di RTC tra imprese che singolarmente avrebbero potuto partecipare alla gara si fonda sull'art. 101 del TFUE (Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea) e quindi si può applicare anche dopo il D.L. n. 70/2011 (ed ora il Codice) che ha vietato la possibilità di introdurre clausole che limitano la partecipazione alle gare, se non si fondano su una previsione normativa. Deve però presentare connotazioni tali da poter ritenere il raggruppamento "macroscopicamente" anticoncorrenziale e l'esclusione deve fondarsi sulla contemporanea convergenza di elementi di carattere formale (il possesso dei requisiti) e sostanziale (le concrete potenzialità anticoncorrenziali del RTC) la cui verifica è previamente operata dalla S.A; in ogni caso l'esclusione non può essere automatica (AVCP, parere n. 114/2014 e comunicato 3.9.2014) in quanto non esiste un principio assoluto che ne impone l'esclusione (C.d.S. n. 3246/2017).

Vi è poi un caso particolare (attenuato) di RTC, ossia la possibilità di cooptare imprese in possesso dei requisiti in categorie diverse da quelle richieste nel bando (C.d.S. nn. 4396/2015, 266/2016 e 1492/2016), a condizione che:

- il soggetto che partecipa sia in possesso dei requisiti morali;

- i lavori eseguiti dal cooptato non superino il 20% dell'importo complessivo dei lavori;

- l'importo della qualificazione del cooptato sia almeno pari all'importo dei lavori che gli saranno affidati. L'impresa cooptata non ha l'obbligo di essere qualificata nella categoria che andrà ad eseguire, ma deve avere solamente l'importo necessario (parere AVCP 59/2008).

Il Correttivo ha dato maggiori opportunità ai consorzi stabili, rendendo permanente la possibilità di cumulare i requisiti del consorzio con quelli dei consorziati designati (ed anche degli altri consorziati, tramite avalimento), prima ammesso come misura temporanea per i primi 5 anni (art. 47 Codice).

La S.A deve poi verificare, nel corso dei lavori, che non sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, per poi procedere, in caso di intervenuta decadenza, alla risoluzione del contratto (se intervenuta nei confronti dell'esecutore) oppure alla revoca dell'autorizzazione al subappaltatore (se intervenuta nei confronti di quest'ultimo).

5. *L'avalimento in sede di gara (art. 89 Codice)*

Il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa (per le gare inferiori a 150.000 €) o dell'attestato SOA (per le gare dai 150.000 €) può essere dimostrato anche avvalendosi dei requisiti o dell'attestato SOA di altro soggetto. L'istituto dell'avalimento è stato imposto dalle Direttive UE, la cui precipua preoccupazione è quella di tutelare il diritto delle imprese di partecipare alle gare nell'ambito del mercato comune, e intende assicurare la massima possibile concorrenzialità e la più ampia apertura al mercato, attraverso l'imposizione di minimi vincoli e prescrizioni ai concorrenti. Il legislatore nazionale ha imposto talune condizioni (ispirate da un accentuato atteggiamento di cautela e in taluni casi da una vera e propria "diffidenza", come riconosciuto dal C.d.S. nella sentenza resa in adunanza plenaria n. 23/2016) volte ad evitare manovre elusive, turbative di gara e infiltrazioni di associazioni criminali o comunque di soggetti che non potrebbero partecipare in proprio alle procedure di affidamento.

Secondo l'ANAC (Linee guida n. 1/2016) si applica l'istituto dell'avalimento anche per i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, nonostante

l'art. 89 Codice richiami l'art. 45 (operatori economici) e non l'art. 46 (operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria) in quanto principio generale di derivazione comunitaria.

Il concorrente deve allegare, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'ausiliario (colui che presta i requisiti), anche la propria dichiarazione di volersi avvalere dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'ausiliario.

L'ausiliario deve dichiarare di:

- essere in possesso dei requisiti di capacità generale;
- obbligarsi verso il concorrente e verso la S.A a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Tale dichiarazione non può essere una mera ripetizione del testo normativo, in quanto l'avvalimento deve essere reale e non solamente formale (C.d.S., nn. 872/2017 e 3792/2016); non è quindi sufficiente una dichiarazione generica (tautologica) e indeterminata; occorre che risulti chiaramente che l'ausiliario presta le proprie risorse in tutte le parti (mezzi, personale, prassi e tutti gli elementi aziendali qualificanti) e non è possibile il soccorso istruttorio, (vedi da ultimo le sentenze C.d.S. nn. 1456/2017 e 1504/2016);
- non partecipare alla gara in proprio o associata o consorziata (né può risultare ausiliario per più concorrenti).

Deve poi essere presentato il contratto in originale o copia autenticata in virtù del quale l'ausiliario si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie, le risorse e i mezzi prestati in modo determinato o specifico, per tutta la durata dell'appalto. Il contratto deve essere a carattere oneroso oppure deve emergere dal testo contrattuale l'interesse - di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale - che ha indotto l'ausiliario ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità (C.d.S., adunanza plenaria n. 23/2016).

Il concorrente e l'ausiliario sono responsabili in solido nei confronti della S.A, ma il contratto risulta adempiuto solamente dal concorrente, e solo a quest'ultimo è rilasciato il certificato di esecuzione dei lavori. Questa è la differenza principale con il subappalto: l'ausiliario mette a disposizione risorse e mezzi, ma non ne ricava vantaggi ai fini dei requisiti di qualificazione.

L'ausiliario può però assumere il ruolo di subappaltatore nel limite dei requisiti prestati.

Non è ammesso l'avvalimento né per le categorie SIOS né per i lavori sui beni culturali tutelati ai sensi del D.Lgs. 42/2004. Non è ammesso l'avvalimento a cascata. Inoltre la S.A può prevedere che alcuni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente.

Avvenuta l'aggiudicazione, occorre dare comunicazione all'ANAC dell'avvenuto avvalimento, ma non è indicato il termine (art. 83 c. 9 Codice).

Dibattuta è la possibilità di avvalimento per la certificazione di qualità ISO:9001: non possibile per l'ANAC (confermato con delibera 120/2016), possibile secondo il Consiglio di Stato - da ultimo sentenze n. 3710/2017 e 3467/2016 - anche se nella specie è "difficile" dimostrare la concretezza dell'impegno, in quanto deve essere messo a disposizione l'apparato organizzativo dell'impresa ausiliaria. La certificazione EMAS è sicuramente oggetto di avvalimento (C.d.S. 2903/2016).

Occorre poi verificare in corso d'opera l'effettivo impiego delle risorse prestate nell'esecuzione del contratto, pena la risoluzione del contratto d'appalto (sanzione aggiunta dal Correttivo).

Se sussistono motivi di esclusione a carico dell'ausiliario la S.A può non escludere il concorrente imponendogli di sostituire l'ausiliario stesso.

6. Il soccorso istruttorio (art. 83 Codice)

Nonostante le semplificazioni apportate dal DGUE molti problemi sorgono in sede di gara causa errori compiuti dai partecipanti nella presentazione della documentazione necessaria per dimostrare il possesso dei requisiti previsti come obbligatori per essere ammessi alla gara stessa. Il doveroso bilanciamento fra il potere riconosciuto all'amministrazione di provvedere alla regolarizzazione dei documenti presentati dai partecipanti ed il principio della "par condicio" della selezione concorsuale è stato in gran parte modificato estendendo il cosiddetto potere di soccorso istruttorio, ponendo così fine al ricorso sistematico, da parte di alcune Stazioni appaltanti, al meccanismo delle clausole escludenti, che a volte si trasformava in un vero e proprio abuso (violando il principio della "parità delle armi" in quanto si conferiva una sorta di ingiustificata iperprotezione alla P.A).

L'art. 83 c. 8 Codice prevede che il bando o la lettera di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste

dal Codice e da altre disposizioni di legge vigenti; dette prescrizioni sono comunque nulle.

Il comma 9 dell'art. 83 Codice prosegue precisando che le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio: la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga la S.A ad assegnare al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, pena l'esclusione in caso di inutile decorso. Sono considerate essenziali, non sanabili, le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile.

Con il Correttivo è stata abrogata la sanzione, la quale aveva dato adito ad una serie innumerevoli di ricorsi, e disposto, in sua vece, che il mancato utilizzo del soccorso istruttorio costituisce indice (negativo) per il rating di impresa (unitamente al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e dell'incidenza e degli esiti del contenzioso in fase di partecipazione alle gare e di esecuzione del contratto). Non è più disciplinato il caso di irregolarità non essenziali; si ritiene che la S.A possa procedere nella gara senza interruzioni.

Riepilogando ci sono tre tipi di irregolarità:

- non sanabili: il concorrente viene escluso automaticamente; ad esempio se il plico perviene danneggiato il concorrente va escluso, ma solo se la lacerazione consente la manipolabilità di quanto in essa contenuto (parere AVCP 148/2007);
- essenziali ma sanabili: il concorrente viene invitato alla regolarizzazione: se regolarizza viene ammesso; se non regolarizza viene escluso;
- non essenziali: il concorrente viene ammesso alla gara.

L'esclusione per irregolarità formali può così avvenire solamente in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa. L'adunanza plenaria, con la sentenza n. 21/2012, ha precisato che l'esclusione del concorrente può (e deve) essere disposta (ora si direbbe che sono carenze essenziali), sia nei casi in cui disposizioni prevedano espressamente l'esclusione, sia nei casi in cui dette disposizioni impongano adem-

pimenti doverosi, pur senza prevedere un'espressa sanzione di esclusione; quindi tutti i comportamenti prescritti/vietati dal Codice (o da altre norme rilevanti) devono essere considerati imposti a pena di esclusione (sono essenziali), anche in mancanza di previsione esplicita, se sanciscono un obbligo o un divieto o prescrivono un adempimento necessario ad assicurare il corretto svolgimento del confronto concorrenziale (Delibera ANAC 617/2016). La "ratio" dell'art. 83 del Codice è ravvisabile nell'esigenza di assicurare la massima partecipazione alle gare di appalto, in un'ottica intesa al temperamento di principi talvolta in antitesi, come quello del "favor participationis" e quello della "par condicio" tra i concorrenti.

Il soccorso istruttorio è riferito solamente agli elementi formali della domanda e non all'offerta tecnica e all'offerta economica; per converso la difformità dell'offerta tecnica che riveli l'inadeguatezza dell'offerta rispetto ai requisiti minimi previsti dalla S.A legittima l'esclusione e non la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determina la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo (C.d.S. n. 1318/2016 e 1809/2016). Per quanto riguarda l'offerta tecnica, il principio di parità di trattamento degli operatori economici non osta a che l'A.A inviti un offerente a chiarire un'offerta o a rettificare un errore materiale manifesto contenuto in quest'ultima, a condizione che, tuttavia, un tale invito sia rivolto a qualsiasi offerente che si trovi nella stessa situazione, che tutti gli offerenti siano trattati in modo uguale e leale e che tale chiarimento o tale rettifica non possa essere assimilato alla presentazione di una nuova offerta, (CGE n. c-131/16 del 10/5/2017).

Questa disposizione è ancora alla ricerca di un proprio equilibrio. I riferimenti principali erano la determinazione ANAC n. 1/2015, il parere ANAC n. 155/2015, il comunicato ANAC del 1/7/2015 e la sentenza C.d.S. n. 4315/2015, in parte ancora validi; ad esempio per quanto riguarda eventuali carenze della cauzione provvisoria, la sanatoria è ammessa a condizione che la cauzione fosse già costituita alla data di presentazione dell'offerta. Stessa cosa per il pagamento del contributo ANAC: il concorrente che non ha dimostrato il pagamento può sanare la posizione, ma il pagamento deve essere avvenuto entro la data di scadenza di presentazione delle offerte. Quindi il principio che ne dovrebbe scaturire è il seguente: la regolarizzazione è ammessa se il requisito già sussisteva al momento della scadenza di presentazione delle offerte ma, per mero errore, il

documento non è stato inserito nella busta contenente la documentazione. Interessante la delibera ANAC 36/2016: la mancata dichiarazione delle percentuali di ripartizione dei servizi tra i componenti del raggruppamento e la mancata esplicitazione delle percentuali di requisiti posseduti dai componenti possono essere sanati, con il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara. Illuminante poi la sentenza C.d.S. n. 4118/2016 (e 2548/2017): il soccorso istruttorio può colmare dichiarazioni incomplete o irregolari non già integrare ex post, in violazione della par condicio, dichiarazioni totalmente assenti o dichiarazione non veritiera: ad esempio se il concorrente dichiara erroneamente di non avere condanne penali non si può fare ricorso al soccorso istruttorio perché il concorrente ha reso dichiarazione non veritiera; ed infine la sentenza C.d.S. n. 3666/2016: non si applica il soccorso istruttorio nel caso di gara per i lavori nella quale non sia stato rispettato il principio di corrispondenza tra qualificazione e quote di esecuzione perché comporterebbe una modificazione dell'offerta. Non possono essere modificate le percentuali di partecipazione al RTC per incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta (C.d.S. n. 773/2017). Non è ammesso il soccorso istruttorio in merito a carenze del contratto di avvalimento (C.d.S. 1456/2017).

Resta ancora da risolvere il tema della mancata indicazione degli oneri della sicurezza aziendali; le sentenze più recenti sono ancora per ritenere un elemento non regolarizzabile in quanto inerente l'offerta economica (C.d.S. 3104/2017).

In tema di soccorso istruttorio sono interessanti anche la determinazione ANAC n. 1/2015 e il parere ANAC 155/2015.

Con la soppressione della sanzione il contenzioso in merito alla essenzialità o meno della irregolarità dovrebbe scomparire.

Cap. VIII

I contratti di lavori pubblici: i sistemi di realizzazione

I contratti di lavori pubblici possono essere realizzati mediante contratti di appalto o di concessione oppure in amministrazione diretta; come riconosciuto dal Consiglio di Stato nel parere n. 1903/2016,

sono spariti i lavori in economia, già previsti sotto il vecchio Codice, al fine di allineare l'ordinamento italiano con quello europeo ove il sistema delle economie non è mai stato conosciuto. A queste figure tipiche si sono via via aggiunti i contratti di sponsorizzazione, la locazione finanziaria (leasing) e il contratto di disponibilità.

Il *contratto di appalto* di lavori pubblici (lett. Il art. 3 Codice) è un contratto a titolo oneroso concluso in forma scritta fra un'A.A. ed un operatore economico che può avere ad oggetto:

- a) la esecuzione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato I;
- b) la esecuzione o la progettazione esecutiva e l'esecuzione di un'opera sulla base del progetto definitivo redatto dall'A.A. (già denominato appalto integrato). L'art. 59 c. 1 Codice vieta l'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori ad esclusione del contraente generale, finanza di progetto, concessione, PPP, contratto di disponibilità, in quanto il progetto esecutivo deve garantire la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi e dei costi previsti. L'appalto integrato è rimasto quindi solo per i settori speciali, oppure nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori (aggiunto dal Correttivo). In questi casi la S.A. deve indicare nel bando anche i requisiti richiesti per il progettista e l'importo di remunerazione per la progettazione;
- c) l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dalla A.A. che esercita un'influenza determinante sul tipo o sulla progettazione dell'opera.

L'appalto è il contratto principe. Il termine "appalto" utilizzato dal Codice (ed ereditato dalla Direttiva europea) non corrisponde al termine "appalto" del codice civile italiano (art. 1655) che lo definisce "*contratto col quale una parte assume, con organizzazione di mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio, verso un corrispettivo in denaro*", ma piuttosto ad "approvvigionamento pubblico" (*public procurement*). Rientrano così nella casistica del contratto di "appalto pubblico" quelli che nel codice civile assumono specifiche denominazioni quali la permuta, il contratto di somministrazione, la vendita ecc.; anche la vendita di cosa futura, se ha ad oggetto la costruzione di opera progettata, che risponda alle esigenze specificatamente formulate dall'ammi-

nistrazione pubblica, è da considerare un appalto pubblico di lavori e non può eludere il Codice (CGE causa C-213/13 del 10.7.2014).

In sostituzione totale o parziale delle somme di denaro costituenti il corrispettivo del contratto, il bando di gara può prevedere il trasferimento all'appaltatore (o di altro soggetto da questi indicato, purchè in possesso dei requisiti di cui all'art. 80 Codice) della proprietà di beni immobili appartenenti all'A.A., già indicati nel programma triennale dei lavori e che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico (art. 191 Codice). Possono formare oggetto di trasferimento anche i beni immobili già inclusi in programmi di dismissione del patrimonio pubblico, purché non sia stato già pubblicato il bando o avviso per l'alienazione, ovvero se la procedura di dismissione ha avuto esito negativo.

La concessione di lavori (lett. uu) art. 3 Codice) è anch'essa un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto, caratterizzata dall'affidamento della progettazione, della realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità e di lavori ad essa strutturalmente e direttamente collegati, riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere. Può essere affidata anche su iniziativa di parte privata, dando luogo al project financing. Fa parte dei contratti di PPP.

I lavori in amministrazione diretta (lett. gggg) art. 3 Codice) sono lavori che, per tipologia ed importo (inferiore a € 150.000), possono essere realizzati mediante procedure semplificate (art. 36 Codice).

Il contratto di *locazione finanziaria* (leasing), ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori (lett. ggg) art. 3 e art. 187 Codice). Fa parte dei contratti di PPP; si rinvia al relativo Capitolo. Stessa cosa per il *contratto di disponibilità*, (lett. hhh) art. 3 e art. 188 Codice).

In linea generale non è possibile ricorrere, per i contratti di lavori pubblici, a tipologie contrattuali diverse da quelle sopra elencate. Tuttavia residua un certo margine per altri contratti, in particolare la vendita/locazione di cosa futura (se non presenta le caratteristiche evidenziate nella sopracitata sentenza causa C-213/13), disciplinato dall'art. 1472 c.c., ma solo in casi eccezionali, nei ristrettissimi limiti in cui vi sia l'effettiva necessità di rivolgersi a un esecutore determinato, perché ad esempio costituisce un bene infungibile, con riguardo alle sue caratteristiche strutturali e topografiche, ovvero un

“unicum” non acquisibile in altri modi (deliberazioni AVCP n. 105/2004 e n. 45/2004 e parere AVCP 46/2010). Mentre nell'appalto assume rilievo l'attività costruttiva che il cedente assume a proprio rischio con la propria organizzazione, nella vendita di cosa futura intento delle parti è il trasferimento della cosa futura e considera l'attività costruttiva una mera funzione strumentale. A ben vedere, si tratta di ipotesi di procedura negoziata prevista in termini generali anche per l'appalto.

Cap. IX

Le procedure per l'individuazione degli offerenti

Per la scelta del contraente occorre utilizzare le procedure previste dal Codice che sono: la procedura aperta, la procedura ristretta, la procedura competitiva con negoziazione (ex procedura negoziata preceduta da pubblicazione di bando), la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, il dialogo competitivo, l'accordo quadro. A queste si aggiunge, per le forniture ed i servizi, il sistema dinamico di acquisizione, che non può essere utilizzato per i lavori e quindi non viene preso in esame in questa parte. Rispetto al vecchio Codice è sparita la procedura ristretta semplificata.

Queste procedure sono rese note (tranne la procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, ma fatte le opportune precisazioni che si andranno ad esporre nel relativo apposito paragrafo, al quale si rinvia), tramite la pubblicazione di bando/avviso. Il bando di gara costituisce la manifestazione all'esterno dell'intenzione di invitare gli operatori economici alla gara, rendendo noto l'oggetto e le condizioni del contratto; alcuni parlano di offerta al pubblico ex art. 1336 c.c. inteso quale momento di incontro tra offerta e accettazione, altri di promessa al pubblico ex articoli 1989 e seguenti del codice civile come negozio giuridico unilaterale, efficace indipendentemente da un'eventuale accettazione. L'offerta al pubblico è tipicamente diretta alla conclusione di un negozio giuridico e comporta una responsabilità per fatto illecito in caso di danni in favore di coloro che su tale offerta abbiano fatto affidamento.

Il Codice prevede l'emanazione di bandi tipo (art. 213 c. 2 Codice), che devono essere predisposti dall'ANAC, ai quali si devono conformare i bandi della S.A ed eventuali deroghe devono essere

espressamente motivate nella delibera a contrarre (in vigore del vecchio Codice era stata approvata la determinazione n. 4/2012 in tema di bandi tipo nonché, per i lavori, il bando tipo n. 2/2014). La difficoltà di questi bandi è la necessità di un loro continuo aggiornamento.

Le procedure aperte e ristrette sono sempre utilizzabili, senza preclusioni; tali procedure sono chiamate di “evidenza pubblica” in quanto permettono la partecipazione a tutti coloro che sono interessati. Le procedure ad evidenza pubblica raggiungono una duplice finalità: da un lato tutelano l’interesse dei potenziali contraenti a partecipare ad una procedura che consenta loro di giocare le proprie *chances* competitive; dall’altro sono proiettate verso l’interesse della P.A. ad ottenere la migliore offerta.

Le norme sulla concorrenza sono norme strumentali in quanto servono a dare sostanza ai principi fondamentali del Trattato UE che sono: la libertà di circolazione dei servizi (e quindi la libertà di un imprenditore di svolgere la propria attività di impresa anche al di fuori del proprio ambito territoriale) e la libertà di stabilimento, che comporta il radicamento di una organizzazione stabile.

Nella scelta del contraente devono essere applicati i principi comunitari di:

- non discriminazione; non possono essere privilegiati i soggetti sulla base della loro localizzazione territoriale;
- parità di trattamento (par condicio); nella valutazione delle offerte devono essere utilizzati per tutti i concorrenti i medesimi criteri selettivi;
- proporzionalità; vi deve essere proporzionalità tra i requisiti richiesti per la partecipazione e l’incarico oggetto di affidamento;
- trasparenza; la P.A. deve compiere la propria attività in modo visibile a tutti, dando pubblicità ai propri atti.

Elementi comuni a tutte le procedure sono:

- i requisiti generali e di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti ai soggetti realizzatori per poter contrattare con la P.A.;
- i criteri di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa intesa o come prezzo più basso oppure come miglior rapporto qualità/prezzo oppure come costo/efficacia (considerando il costo del ciclo di vita anziché il prezzo) oppure come “miglior qualità”.

L’utilizzo di una corretta procedura di scelta del contraente evita di incorrere in rettifiche finanziarie

ossia l’esclusione da un finanziamento comunitario per avere commesso irregolarità (ad esempio, se il periodo di pubblicazione del bando è inferiore al termine fissato dalla legge, può comportare una rettificata finanziaria).

Finalmente è stato chiarito che è ammissibile interagire con il mercato prima dell’inizio della procedura al fine di individuare soluzioni innovative o nuovi prodotti o servizi di cui la P.A. può non essere a conoscenza, purché ciò avvenga garantendo il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento.

Vige il principio generale per cui le offerte debbono essere presentate in modo tale da non poter essere visibili prima della scadenza del termine previsto per la presentazione, in quanto devono essere esaminate in seduta pubblica.

Le procedure passano poi attraverso alcune fasi comuni.

Prima dell’avvio delle procedure di scelta del contraente occorre la validazione del progetto (la data deve essere riportata nel bando o nella lettera di invito).

Nella prima seduta di gara si procede all’apertura dei plichi in cui sono racchiusi i documenti amministrativi richiesti per l’ammissione alla gara ed alle relative operazioni di verifica. Sulla necessità di eseguire tali operazioni in seduta pubblica vi è molta discussione, testimoniata dalle numerose sentenze giurisprudenziali e pronunce dell’ANAC. Tale dubbio deve essere risolto in base alla tipologia di procedura utilizzata (procedura aperta o ristretta). Per la procedura aperta occorre la seduta pubblica; infatti l’allegato XIV.C del Codice (punto 21.b) elenca le informazioni che devono figurare nel bando e tra questi vi è la data di apertura delle buste, ma solo per la procedura aperta. Nel caso della procedura ristretta vi sono invece divergenze di opinioni. C’è chi sostiene che occorre la seduta pubblica, in ossequio ai generali principi comunitari di pubblicità e trasparenza. Per altri invece (sentenza C.d.S. n. 5789/2014) tale seduta deve essere riservata, in applicazione indiretta, ma esplicita, dell’art. 53, c. 2, lett. b) Codice: il diritto di accesso è differito, nelle procedure ristrette, in relazione all’elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito e in relazione all’elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerta, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime. Se l’apertura delle buste avvenisse in seduta pubblica, tale disposizione non avrebbe senso. L’intento è evidente: prevenire la possibilità di accordi illeciti fra gli

operatori che sono ammessi alla gara e che ancora devono presentare offerta.

Queste operazioni non devono essere svolte necessariamente dalla commissione giudicatrice (nel caso del miglior rapporto qualità/prezzo) ben potendo essere svolte da altro organo (ossia dall'Autorità di gara, alla presenza di testimoni, oppure da una commissione di gara). Nel caso della procedura ristretta la commissione giudicatrice, al momento della fase di prequalificazione, non è ancora costituita, dovendo essere nominata dopo il termine di scadenza di presentazione delle offerte (tecniche ed economiche), principio già affermato dal C.d.S. n. 2282/2013. Questa tesi è fatta propria dalle linee guida ANAC sulla commissione giudicatrice (avente forza vincolante) che prevedono che alla commissione giudicatrice non sono attribuiti tali compiti (C.d.S. parere n. 1919/2016). Le sedute di gara vanno verbalizzate; nel verbale vengono indicate le operazioni compiute. Non è necessario redigere contestuali e distinti verbali per ciascuna seduta, purché redatti in tempi idonei ad evitare l'insorgenza di errori (C.d.S. n. 4209/2015).

Vige il principio della continuità della gara; tuttavia le sedute possono essere sospese ed aggiornate anche ad un giorno successivo salvo che nella fase di apertura delle buste delle offerte economiche. Il principio di concentrazione e continuità delle operazioni di gara è un principio solo tendenziale, derogabile in presenza di ragioni oggettive quali la complessità delle operazioni di valutazione delle offerte, il numero delle offerte in gara, l'eventuale indisponibilità dei membri della commissione, la correlata necessità di nominare sostituti ecc. che giustifichino il ritardo anche in relazione al preminente interesse alla effettuazione di scelte ponderate, derogabilità cui fa da sponda, ovviamente, la garanzia di conservazione dei plichi (C.d.S. n. 2542/2017).

Con il nuovo Codice è sparita la verifica a campione relativamente al possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa, (e, con il Correttivo, anche per le gare svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione, art. 58 Codice). Il combinato disposto dell'art. 29, c. 1, Codice con l'art. 85, c. 1 ha portato il C.d.S. (sentenza n. 2675/2017) ad affermare che nella fase di ammissione la S.A si basa sull'autodichiarazione (DGUE) e l'esclusione per carenza dei requisiti speciali va posticipata al momento della comprova del possesso dei requisiti; è possibile l'esclusione nella fase di ammissione solo se dal DGUE il concorrente evidenzia di per sé (confessi) l'assenza dei requisiti ma

non anche in conseguenza di contestazioni di merito richiedenti una più approfondita verifica. Resta ferma la facoltà di richiedere, in qualsiasi momento della procedura, di presentare i documenti necessari alla dimostrazione dei requisiti (art. 85 c. 5 Codice). Al termine della procedura l'organo di gara determina la graduatoria dei concorrenti e propone l'aggiudicazione: con il nuovo Codice è sparita l'aggiudicazione provvisoria e con essa tutte le diatribe in merito alla necessità di impugnare o meno anche l'aggiudicazione provvisoria.

Per procedere all'aggiudicazione occorre previamente verificare la regolarità della procedura e degli atti di gara. Negli Enti Locali l'aggiudicazione spetta al Dirigente, ai sensi dell'art. 107 del testo unico degli Enti locali (D.Lgs. n. 267/2000): è imputata alla responsabilità dirigenziale la gestione dell'intera procedura di gara, ivi comprese la presidenza delle commissioni e la successiva stipula del contratto. Detta approvazione non può essere ricompresa nella nozione di controllo in senso stretto, ma si risolve in una revisione interna della correttezza del procedimento.

L'aggiudicazione non equivale ancora ad accettazione dell'offerta, in quanto la stessa diventa efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara dall'aggiudicatario (art. 85 c. 5 Codice); nel caso di procedura negoziata sotto soglia ai sensi dell'art. 36 Codice, la verifica ai fini dell'aggiudicazione avviene esclusivamente sull'aggiudicatario. Ciò significa che l'aggiudicazione viene effettuata nelle more delle verifiche delle dichiarazioni. Per quanto riguarda i requisiti dell'art. 80 si fa riferimento ai mezzi di prova elencati all'art. 86 Codice; relativamente alla verifica della regolarità contributiva, si ricorda che ora che è stato introdotto il DOL (DURC on line) la verifica della regolarità contributiva avviene attraverso i portali di INPS o INAIL e non più tramite lo Sportello Unico Previdenziale o l'AVCPass (comunicato ANAC 30/6/2015); sempre in materia di lotta all'evasione è stata istituita la Banca dati appalti presso l'INPS tramite la quale il committente avrà accesso ad una serie di dati inerente i lavoratori dell'appaltatore. Per la verifica del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa:

- nel caso di lavori fino a 150.000 €, oppure di importo superiore qualora partecipino imprese straniere, oppure se sono previste categorie SIOS di importo fino a 150.000 € (in mancanza di attestato SOA), la documentazione deve essere richiesta e

presentata tramite la BDNCP (attualmente sistema denominato AVCPass), obbligatoria nell'ambito dei settori ordinari di importo pari o superiore a 40.000 € (con esclusione di aste elettroniche, Sistemi Dinamici di Acquisizione e Mepa);

- nel caso di lavori di importo superiore a 150.000 euro è sufficiente la consultazione del casellario informatico tenuto dall'ANAC.

La normativa non disciplina né i tempi (il vecchio Codice prevedeva 10 giorni) né le conseguenze per la mancata presentazione dei documenti. Si ritiene che debba essere il disciplinare di gara ad avviare a tale inconveniente. Certo è che sempre l'art. 85 c. 5 Codice prevede che la S.A può invitare gli operatori economici ad integrare i certificati richiesti e questo crea problemi di compatibilità con l'eventuale prescrizione di decadenza; per evitare problemi è bene che il bando precisi che il termine è perentorio. Unica conseguenza prevista per il mancato rispetto dei tempi pare ora essere costituita dalla sanzione di cui all'art. 213 c. 13 Codice, comminata dall'ANAC (tramite appositi modelli – vedi oltre): se non viene fornita la prova il concorrente viene escluso dalla gara e il nominativo viene segnalato all'ANAC per l'applicazione della sanzione amministrativa nonché la sospensione da uno a 12 mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento. Per quanto riguarda la cauzione provvisoria presentata, si mette in rilievo che a seguito del Correttivo, l'escussione avviene per mancata sottoscrizione del contratto dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (non è più necessario dimostrare il dolo o la colpa grave); resta fermo che l'escussione pare non poter essere esercitata in caso di irregolarità compiute da altri concorrenti che non siano l'aggiudicatario. Si escute la garanzia provvisoria per il risarcimento dei danni subiti e che vengono quantificati pari alla riedizione di nuova gara (se non ci sono stati altri partecipanti) ovvero derivanti dallo scorrimento della graduatoria; la S.A può richiedere il maggior danno effettivo se eccede l'importo della cauzione provvisoria (C.d.S. n. 3755/2016) oppure se questa non è stata richiesta.

Il RUP deve comunicare l'aggiudicazione all'Osservatorio per i contratti pubblici, se l'importo dei lavori è superiore a 40.000 euro (soglia prevista dal Comunicato AVCP del 29.4.2013 e confermato dal comunicato ANAC del 11/5/2016), entro 30 giorni dall'aggiudicazione.

È stata reintrodotta, ad opera del Correttivo, la disposizione in merito all'obbligo di indicare il

costo della manodopera: ai sensi dell'art. 23 c. 16 Codice nei contratti di lavori e servizi la S.A, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera; ai sensi dell'art. 95 c. 10 Codice nell'offerta economica l'operatore economico deve indicare i propri costi della manodopera ed anche gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. I costi della sicurezza si distinguono in costi "da interferenza", indicati dalla S.A e non soggetti a ribasso e "interni" o "aziendali" indicati dal concorrente nell'offerta e soggetti a ribasso. In caso di mancata indicazione di tali costi da parte del concorrente si procede all'esclusione del concorrente se il prezzo offerto non li copre (delibera ANAC 2/17). Restano esclusi da tale disposizione le forniture senza posa in opera, i servizi di natura intellettuale e gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a) Codice (affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 euro).

Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto dei costi della manodopera fissati dalle tabelle ministeriali e, in attesa della loro pubblicazione, applicano i decreti ministeriali già emanati in materia; questa verifica deve essere effettuata anche se l'offerta non rientra negli indici di anomalia.

Se nella gara vengono rilevate delle irregolarità compiute dai concorrenti, occorre effettuare la comunicazione all'ANAC (collegandosi al sito internet) tramite il "Modello A (Comunicato Presidente ANAC 21/12/2016 in G.U. 26/2017)" per le irregolarità inerenti i cosiddetti requisiti soggettivi, oppure il "Modello B (Comunicato Presidente ANAC 21/12/2016 in G.U. 26/2017)" per le irregolarità inerenti i requisiti di capacità economico-finanziari e tecnici-organizzativi.

Occorre poi dare avviso di post informazione sull'esito della gara (art. 98 Codice), da pubblicare con le modalità previste all'art. 72 Codice per i bandi, entro 30 giorni dalla conclusione (stipula ?) del contratto (prima del Correttivo era dall'aggiudicazione). I dati devono essere inseriti nella sezione "Amministrazione trasparente" prevista dal D.Lgs. n. 33/2013; i dati che riguardano la fase di esecuzione sono la data di inizio e fine lavori e gli importi dei pagamenti effettuati.

Agli operatori economici che hanno partecipato alla gara devono essere comunicate le informazioni

salienti rispetto alla procedura. In particolare deve essere comunicato:

- ai concorrenti esclusi, le motivazioni che hanno condotto all'esclusione;
- il nominativo del concorrente aggiudicatario con le relative motivazioni;
- l'avvenuta stipula del contratto.

Tali comunicazioni devono essere inviate entro 5 giorni dal loro verificarsi. Le comunicazioni tra S.A e operatori economici devono avvenire con modalità di facile accesso, indicate nel bando o nella lettera di invito. Per le AA.AA le comunicazioni devono poter avvenire con posta elettronica certificata, in questo caso pare non essere necessaria l'autorizzazione del concorrente (l'art. 16, commi 6-9, D.L. n. 185/2008, convertito in legge n. 2/2009 ha reso obbligatoria la P.E.C.).

Ulteriore forma di partecipazione (trasparenza) e misura per anticipare il contenzioso è prevista all'art. 29 Codice: sono pubblicati sul profilo di committente nella sezione "Amministrazione trasparente" entro 2 giorni gli atti relativi alla programmazione, all'affidamento, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, nonché i provvedimenti che determinano le esclusioni e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione per requisiti morali e la sussistenza dei requisiti di capacità economico-finanziari e tecnico professionali; il termine di impugnazione decorre dal momento in cui tale atti sono resi disponibili, corredati di motivazione. Con il Correttivo sembra essere slittato in avanti il termine di decorrenza dell'impugnazione: non più dalla pubblicazione degli atti sul sito, ma solo dalla pubblicazione dell'atto di aggiudicazione (efficace). Certo questo comporta da un lato un allungamento dei tempi di stipula del contratto, ma dall'altro scongiura la necessità dei ricorsi "al buio" (ossia senza attendere di conoscere la posizione in graduatoria del concorrente) che avrebbe portato ad un probabile aumento del contenzioso (anziché una sua riduzione, come era negli obiettivi della legge delega).

La modifica del Codice ha recepito quanto già espresso dal C.d.S. nella sentenza n. 2675/2017: il concorrente va escluso solo dopo la verifica dei requisiti morali e di capacità; nella fase di ammissione ci si basa sull'autodichiarazione (DGUE) e l'esclusione avviene solo se dal DGUE il concorrente evidenzia di per sé (confessi) l'assenza del requisito ma

non anche in conseguenza di contestazioni di merito richiedenti una più approfondita verifica.

In parallelo, per ricorrere contro l'ammissione di altro concorrente occorre ora attendere che la P.A abbia effettuato la verifica di tali requisiti (art. 29 c. 1 quarto periodo Codice, come modificato dal correttivo: "le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali").

Il Consiglio di Stato con sentenza n. 31/2012 resa in adunanza plenaria aveva precisato che la comunicazione ai concorrenti poteva essere effettuata anche a fronte di un'aggiudicazione non efficace (non sono ancora state effettuate le verifiche in merito ai requisiti dell'aggiudicatario) e che i termini per impugnare l'aggiudicazione decorrevano ugualmente da tale comunicazione, ancorché l'aggiudicazione non fosse efficace. Ora la materia va rivista alla luce della modifica introdotta dal Correttivo. Un possibile compromesso potrebbe essere che il termine per il ricorso decorre dal momento della pubblicazione dell'atto sul sito (in particolare per le valutazioni della commissione), mentre per le ammissioni e per le esclusioni solo dal momento della pubblicazione dell'aggiudicazione efficace.

Per le procedure "ad invito" ossia la procedura ristretta, negoziata e informali non è possibile la pubblicazione dei concorrenti ammessi prima della scadenza del termine per presentare l'offerta, in quanto si violerebbe la segretezza dei soggetti invitati.

Il Ministero dell'Interno con il Decreto 25/9/2015 "Determinazione degli indicatori di anomalia al fine di agevolare l'individuazione delle operazioni sospette di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo da parte degli uffici della P.A." ha individuato una serie di indicatori di anomalia anche in merito al Settore Appalti. A queste operazioni sospette segue l'obbligo di segnalazione, senza ritardo, indipendentemente dall'importo.

L'art. 99 Codice prevede per gli appalti (e, a determinate condizioni, per gli accordi quadro) di importo di rilevanza comunitaria la redazione di una relazione unica sulla procedura di aggiudicazione contenente una serie di informazioni. Se l'avviso di post informazione contiene tali informazioni, si può fare riferimento a tale avviso. Tale relazione deve essere inviata alla Cabina di Regia.

Nessuna norma si occupa della conservazione della documentazione durante l'iter della procedura ed al suo termine. Solo l'art. 99 c. 4 del Codice, applica-

bile limitatamente ai contratti di importo comunitario, stabilisce espressamente che i documenti devono essere conservati per almeno 5 anni dalla data di aggiudicazione dell'appalto (soli 3 anni per la direttiva 2014/24/UE art. 84). La vigente normativa non sembra affatto richiedere una formale verbalizzazione delle misure di custodia, ma esige solamente che la documentazione sia conservata. Tuttavia ragioni di prudenza, a seguito di alcune sentenze del Consiglio di Stato, sempre più stringenti, invitano a consigliare di verbalizzare le modalità di custodia, perché la giurisprudenza ha talvolta adottato un atteggiamento formalistico. Quindi, qualora non sia possibile esaurire l'intero svolgimento delle operazioni di gara in un'unica riunione, è bene che la commissione indichi nel verbale quali misure ha adottato per salvaguardare l'integrità dei plichi durante i periodi di interruzione dei lavori; *tale tutela deve essere assicurata in astratto e a prescindere dalla mancata dimostrazione dell'effettiva manomissione dei plichi e non può essere sanata dalla dichiarazione postuma (in sede di giudizio) del presidente e del segretario sulla conservazione, in cassaforte, della documentazione, atteso che tale dichiarazione non vale a sostituire le funzioni del verbale di gara, che è sottoscritto dai componenti della commissione* (C.d.S., sentenza n. 7804/2009). Rincuoranti invece alcune sentenze successive (da ultimo C.d.S. nn. 5702/2015 e 1228/2017): la mancata indicazione nei verbali circa le operazioni di conservazione dei documenti non costituisce causa di illegittimità del procedimento se non viene data adeguata e ragionevole prova (o perlomeno indizio) che la documentazione di gara sia stata effettivamente manipolata negli intervalli tra un'operazione e l'altra.

La revoca dell'aggiudicazione può sempre intervenire, ma deve essere accompagnata da ragioni convincenti sull'interesse della P.A. coinvolta tanto da non comprimere oltre la giusta misura l'affidamento del privato e soprattutto deve essere corredata da un'applicazione corretta delle norme in materia e dei principi generali dell'ordinamento giuridico. La PA non può revocare in autotutela la aggiudicazione in vista del formarsi di un contenzioso perché ciò porterebbe alla violazione dell'art. 24 Costituzione e una elusione di qualsiasi forma di tutela giurisdizionale (C.d.S. 2095/2016).

La legge n. 196/2009 all'art. 13 ha previsto la costituzione della *Banca dati delle amministrazioni pubbliche* (BDAP), istituita presso il Ministero dell'economia e delle finanze. In attuazione di tale norma l'art. 5 del D.Lgs. n. 229/2011 ha previsto un

sistema informatizzato delle opere pubbliche. Con il D.M. Economia e Finanze 26.2.2013, pubblicato sulla G.U. del 5.3.2013, è stata data attuazione alle suddette procedure di monitoraggio sullo stato di attuazione delle opere pubbliche. Gli enti locali devono rilevare e trasmettere un'ampia serie di informazioni inerenti la realizzazione di lavori finanziati da risorse pubbliche in corso di progettazione o di realizzazione alla data del 21.2.2012 o avviati in data successiva; i dati da comunicare sono elencati nell'allegato A del D.M. stesso, di natura anagrafica, finanziaria, fisica e procedurale, riassunti in una scheda che è tutta imperniata sul Codice identificativo di gara (CIG) e sul Codice unico di progetto (CUP). Si ricorda che secondo quanto previsto all'art. 6 del D.Lgs. n. 229/2011 per i dati già trasmessi all'ANAC (ai sensi del Codice) tale obbligo si intende adempiuto con l'invio dei dati all'ANAC stessa. In tal senso l'AVCP, d'intesa con la Ragioneria Generale dello Stato, con protocollo d'intesa del 2.8.2013 ha assunto l'impegno di trasmettere alla BDAP i dati in suo possesso; con comunicato del Presidente del 8.5.2014 l'AVCP ha fornito le nuove modalità operative di invio dei dati. La Ragioneria Generale dello Stato con propria circolare del 8.4.2014 ha specificato che condizione necessaria per evitare il duplice inserimento è che i dati dell'ANAC siano corredati oltre che del CIG anche del Codice Unico di Progetto (CUP). L'inserimento dei dati sulla banca dati va effettuato entro i 30 giorni successivi alle date di riferimento delle informazioni: 28 febbraio, 30 aprile, 30 giugno, 31 agosto, 31 ottobre e 31 dicembre di ciascun anno.

Per completare la panoramica delle banche dati, vi è poi anche l'elenco-anagrafe delle *opere pubbliche incompiute* introdotto dall'art. 44-bis del D.L. n. 201/2011 e attuato dal D.M. Infrastrutture n. 42/2013 che ha lo scopo di coordinare, a livello informativo e statistico, i dati sulle opere pubbliche incompiute così da individuare, in modo razionale ed efficiente, le soluzioni ottimali per l'utilizzo di tali opere. Il decreto definisce cosa si intende per opera pubblica incompiuta. L'elenco è istituito presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ed è suddiviso in due sezioni: una relativa alle opere di interesse nazionale ed una relativa alle opere di interesse regionale e degli enti locali. Per queste ultime la raccolta dei dati avviene tramite l'Osservatorio regionale dei contratti pubblici ovvero altri uffici regionali allo specifico scopo preposti, che pubblicano l'elenco entro il 30 giugno di ciascun anno. Entro il 31 marzo di ciascun anno gli

enti locali individuano le opere incompiute e trasmettono la lista, unitamente ai dati necessari, alla regione. Non rientrano nell'elenco gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria e quelli di demolizione. Sono oggetto di comunicazione anche le opere a scomputo, anche nel caso il CUP sia stato richiesto dal soggetto privato. A seguito dei dati forniti viene stilata una graduatoria sulla base delle priorità definite negli indici elencati all'art. 4 del D.M. n. 42/2013. Il percorso è stato completato con il comunicato pubblicato sulla G.U. n. 168 del 19.7.2013: sul sito www.serviziocontrattipubblici.it è operativo il Sistema Informatico di Monitoraggio delle Opere Incompiute (SIMOI) al quale si devono registrare le Amministrazioni e compilare l'elenco secondo le procedure e le modalità indicate nel manuale "UTILITA" di www.simoi.it.

Le procedure sono accumulate dalla presenza della garanzia provvisoria: in sede di gara il concorrente deve presentare la garanzia provvisoria, pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito. L'importo della garanzia può essere motivatamente ridotto sino all'1% ovvero aumentato fino al 4% in base alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio ad esso connesso. Nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia è fissato nel bando o nell'invito nella misura massima del 2% del prezzo base. Per la determinazione dell'importo non si tiene conto della eventuale proroga/rinnovo del contratto in quanto rappresenta soltanto un'eventualità (C.d.S. 1175/2016).

Il concorrente può beneficiare di riduzioni nei seguenti casi:

1. 50% se in possesso della certificazione del sistema di qualità UNI CEI ISO9000;
2. 50%, non cumulabile con punto 1, nei confronti delle microimprese, piccole e medie imprese e dei raggruppamenti di operatori economici o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese (ipotesi aggiunta dal Correttivo);
3. 30% se in possesso della registrazione al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS) ai sensi del regolamento (CE) n. 1221/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25/11/2009 OPPURE 20% se in possesso della certificazione ambientale ai sensi della norma UNI EN ISO 14001. Cumulabile con 1;
4. (per servizi) 20%, cumulabile con punti 1 e 2, se in possesso, in relazione ai beni o servizi che costi-

tiscano almeno il 50% del valore dei beni e servizi oggetto del contratto stesso, del marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) ai sensi del regolamento(CE) n. 66/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25.11.2009;

5. 15% se sviluppa un inventario di gas ad effetto serra ai sensi della norma UNI EN ISO 14064-1 o un'impronta climatica (carbon footprint) di prodotto ai sensi della norma UNI ISO/TS 14067. Cumulabile con 1, 2, 3 e 4;

6. (per servizi) 30%, non cumulabile, se in possesso di:

a. rating di legalità (rilasciato dall'Antitrust, ma solo alle imprese italiane. Vedi Deliberazione AGCM del 13/7/2016 n. 26166) e rating di impresa (aggiunto dal Correttivo);

b. attestazione del modello organizzativo, ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001;

c. certificazione social accountability 8000;

d. certificazione del sistema di gestione a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori;

e. certificazione OHSAS 18001;

f. certificazione UNI CEI EN ISO 50001 riguardante il sistema di gestione dell'energia;

g. UNI CEI 11352 riguardante la certificazione di operatività in qualità di ESC (Energy Service Company) per l'offerta qualitativa dei servizi energetici;

h. certificazione ISO 27001 riguardante il sistema di gestione della sicurezza delle informazioni.

Il Correttivo ha posto fine ad un dubbio: nel caso di cumulo delle riduzioni, la riduzione successiva si calcola sull'importo che risulta dalla riduzione precedente.

Deve essere presentata sotto forma di cauzione (denaro, bonifico, assegni circolari, o titoli di Stato) o di fidejussione (bancaria o assicurativa o intermediari finanziari), a scelta dell'offerente. La fidejussione deve contenere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, c.c., nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della S.A; può anche essere previsto che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, su richiesta della S.A nel corso della procedura. L'offerta deve essere altresì corredata dall'impegno di un fideiussore a

rilasciare la garanzia definitiva, qualora l'offerente risultasse affidatario; ne sono esentati le microimprese, piccole e medie imprese e loro RTC e consorzi ordinari (aggiunto dal Correttivo). È prevista l'emanazione di schema tipo per la fidejussione con decreto da emanare dal Ministero dello sviluppo economico. La garanzia provvisoria ha di norma validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta (può essere richiesta una durata diversa). La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario o all'informazione antimafia interdittiva (col Correttivo non è più richiesto che sia riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave), è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo.

Non può essere richiesta per gli appalti di servizi aventi a oggetto la redazione della progettazione e del piano di sicurezza e coordinamento e i compiti di supporto alle attività del responsabile unico del procedimento.

1. La procedura aperta (art. 60 Codice)

La S.A rende noto, tramite la pubblicazione di un bando, l'oggetto, l'importo dei lavori a base di gara e le condizioni del contratto cui intende addvenire; raccoglie le offerte di tutti i concorrenti ed individua il miglior offerente. Nella procedura aperta tutti gli operatori economici che hanno i requisiti previsti nel bando possono presentare offerta.

La procedura si svolge attraverso le seguenti fasi:

- determinazione a contrarre nella quale vengono definiti gli aspetti importanti della procedura di gara e approvato il bando,
- pubblicazione del bando di gara (per i termini si rinvia al Capitolo X),
- presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte da parte dei concorrenti,
- ammissione dei concorrenti,
- celebrazione della gara (diversa a seconda che sia con il criterio del prezzo più basso o del miglior rapporto qualità/prezzo),
- individuazione della graduatoria,
- proposta di aggiudicazione,
- approvazione della aggiudicazione.

Se l'offerta prima in graduatoria risulta anomala si innesca il subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta: occorre chiedere le giusti-

ficazioni dell'offerta e successivamente valutare la congruità dell'offerta. Si rinvia al Cap. XII "La verifica di congruità delle offerte". A seguito delle Linee Guida ANAC n. 3/2016 nel caso il criterio sia quello del prezzo più basso, tale valutazione deve essere condotta dal RUP oppure da una commissione costituita ad hoc. Nel caso invece del miglior rapporto qualità/prezzo la verifica è condotta dal RUP con il supporto della commissione giudicatrice in continuità con quanto era già stato deciso dal Consiglio di Stato (adunanza plenaria n. 36/2012) nel periodo del vecchio Codice.

2. La procedura ristretta (art. 61 Codice)

Nella procedura ristretta, a seguito della pubblicazione del bando, gli operatori economici che hanno i requisiti previsti presentano la richiesta di essere invitati e, successivamente, dietro invito, presentano la loro offerta. Deve essere preceduta dalla determinazione a contrarre. Si distingue dalla procedura aperta per lo sdoppiamento tra la fase di presentazione dei documenti per l'ammissione alla gara e la fase di presentazione delle offerte.

Consta delle seguenti fasi:

- determinazione a contrarre nella quale vengono definiti gli aspetti importanti della procedura di gara e approvato il bando di gara,
- pubblicazione del bando,
- presentazione delle domande di partecipazione da parte dei candidati (per i termini si rinvia al Capitolo X),
- verifica delle domande di partecipazione. Tutti i soggetti che hanno presentato l'istanza di partecipazione e che sono in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando hanno diritto ad essere invitati; solo quando lo richieda la difficoltà o la complessità dell'opera è possibile applicare la forcella, ossia limitare il numero di concorrenti da invitare a presentare offerta, purché sia assicurato il numero minimo fissato dalla norma, di candidati qualificati: nel bando andranno indicati i criteri oggettivi, non discriminatori, secondo il principio di proporzionalità di selezione dei concorrenti da invitare che la S.A intende applicare, il numero minimo (non inferiore a 5) dei candidati che intende invitare, e, ove ritenuto opportuno per motivate esigenze di buon andamento, il numero massimo. I criteri di scelta devono fare riferimento non solo alla natura dimensionale ma anche alla maggior omogeneità del fatturato specifico e dei servizi/lavori di punta

rispetto ai servizi/lavori da affidare (Linee Guida ANAC n. 1/2016). Il sorteggio è ammissibile solo in caso di parità di punteggi attribuiti per gli altri criteri,

- invito alla gara di tutti i concorrenti in possesso dei requisiti (o eventualmente selezionati). Nella lettera di invito si possono introdurre specificazioni o dettagli se si dimostra che non sono stati adottati per favorire o per penalizzare un concorrente (C.d.S. 5702/2015). Per i termini si rinvia al Capitolo X,
- celebrazione della gara (differente a seconda sia previsto il criterio del prezzo più basso o del miglior rapporto qualità/prezzo),
- individuazione della graduatoria,
- proposta di aggiudicazione,
- approvazione dell'aggiudicazione.

Fatte queste precisazioni la procedura di gara si svolge secondo le stesse modalità viste per la procedura aperta, alla quale si rimanda.

Problemi si pongono in caso di modifiche del soggetto vincitore tra la fase della qualificazione, dell'aggiudicazione e della stipula del contratto, in particolare in caso di RTC (vedasi C.d.S. 5519/2016), ora queste ipotesi sono disciplinate dall'art. 48 Codice.

Può essere utilizzato un avviso di preinformazione come modalità di indizione della gara.

3. *La procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo (art. 62 e art. 64 Codice)*

Queste due procedure sono accumulate da un elevato grado di flessibilità, che le contraddistingue rispetto alle procedure aperte e ristrette: non vi è una suddivisione rigida di ruoli tra Committente da un lato che definisce le caratteristiche dell'oggetto dell'appalto e concorrente dall'altro che formula l'offerta in termini precisi e immodificabili. Si parte piuttosto da un'idea iniziale da parte della S.A per l'individuazione di bisogni e si giunge, dopo successivi livelli di negoziazione, ad un'offerta finale.

È possibile ricorrere alla procedura competitiva o al dialogo competitivo quando le esigenze dell'A.A. perseguite con l'appalto non possono essere soddisfatte senza adottare soluzioni immediatamente disponibili, oppure implicano progettazione o soluzioni innovative, oppure occorrono preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o

a causa dei rischi a esso connessi oppure se le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall'A.A. con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune o un riferimento tecnico oppure quando in esito ad una procedura aperta o ristretta sono state presentate solamente offerte irregolari o inammissibili. Le due procedure si differenziano in quanto nella procedura competitiva con negoziazione la S.A. è in grado di identificare l'oggetto nei suoi contenuti essenziali e nella successiva fase di gara si determinano in modo più specifico tutti gli elementi. Nel dialogo competitivo invece la S.A. è in grado unicamente di indicare le proprie esigenze, senza riuscire ad indicare l'oggetto contrattuale.

Tali procedure sono previste, nei settori ordinari, quali procedure eccezionali rispetto alle procedure aperte e ristrette e pertanto è possibile ricorrervi solo nei casi tassativamente indicati nella legge (non è possibile l'interpretazione estensiva). La violazione delle regole della concorrenza realizza un vulnus all'obbligo di servizio del dirigente preposto e cioè il c.d. "danno alla concorrenza" (Corte dei Conti sezione giurisdizionale Abruzzo 23/2011).

Entrambe le procedure sono indette mediante un bando di gara; è possibile omettere il bando qualora, in esito ad una procedura aperta o ristretta siano invitati tutti gli offerenti irregolari o inammissibili, in possesso dei requisiti.

Resta fermo il principio che anche per tali procedure l'apertura delle buste contenenti le offerte e la verifica dei documenti in esse contenuti vanno effettuati in seduta pubblica (da ultimo C.d.S. sentenza n. 8/2013).

Sono procedure caratterizzate dall'utilizzo di un alto grado di discrezionalità soprattutto nella prima fase, nella quale si avvia un vero e proprio confronto con gli operatori del settore al fine di avvalersi di consulenza privata da parte delle imprese stesse; occorre pertanto una S.A. che sia in grado di "dialogare" con i privati.

3.1. *La procedura competitiva con negoziazione (art. 62 Codice)*

La procedura competitiva con negoziazione ricorda la procedura negoziata previa pubblicazione di bando del vecchio Codice.

Le domande di partecipazione devono essere presentate nel termine minimo di 30 giorni (minimo 15 giorni per motivi d'urgenza) dalla trasmissione

del bando alla GUUE; non pare vi siano riduzioni del termine nel caso di importo sotto soglia.

Il termine di ricezione delle offerte non può essere inferiore a 30 giorni decorrenti dalla data di invio dell'invito, se non vi sono specifiche ragioni di urgenza (minimo 10 giorni per motivi d'urgenza).

Ulteriori riduzioni dei termini sono previste quando sia stato pubblicato l'avviso di preinformazione. Devono essere invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando; è possibile applicare la forcella secondo quanto già visto a proposito della procedura ristretta (art. 91 Codice).

Conclusa la fase della selezione, la S.A. spedisce gli inviti e, ricevute le offerte, inizia la negoziazione (in unica fase o in più fasi) con gli offerenti, per adeguare le offerte presentate alle esigenze indicate nel bando di gara, e per individuare l'offerta migliore con i criteri del prezzo più basso o del miglior rapporto qualità/prezzo. Non sono soggetti a negoziazione i requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione. Occorre garantire la parità di trattamento tra tutti gli offerenti durante il corso della gara; la S.A. non può fornire in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri.

Può essere indicato nel bando che nell'ambito della negoziazione vi siano più fasi successive, finalizzate a ridurre il numero dei concorrenti con cui negoziare. La riduzione deve avvenire con applicazione dei criteri indicati nel bando.

Nell'avviso di postinformazione (esito), allegato XIV al punto C.12 del Codice, è previsto che l'indicazione della motivazione del ricorso a tale procedura è solo eventuale.

Per i settori speciali è considerata una modalità ordinaria di selezione.

3.2. *Il dialogo competitivo (art. 64 Codice)*

La S.A. deve motivare in modo specifico, nella determina a contrarre, la necessità del ricorso a tale procedura, i cui contenuti son richiamati nella relazione unica di cui agli artt. 99 e 139 Codice. Occorre la pubblicazione di un bando nel quale la S.A. rende noti gli obiettivi o le necessità, i requisiti di ammissione e i criteri di valutazione.

Le domande di partecipazione devono essere presentate nel termine minimo di 30 giorni dalla trasmissione del bando alla GUUE.

Qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare; è possibile applicare la forcella secondo

quanto già visto a proposito della procedura ristretta (art. 91 Codice).

Occorre garantire la parità di trattamento tra tutti gli offerenti durante il corso della gara; la S.A. non può fornire in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri.

Può essere indicato nel bando che nell'ambito della negoziazione vi siano più fasi successive, finalizzate a ridurre il numero di soluzioni da discutere. La riduzione deve avvenire con applicazione dei criteri indicati nel bando.

La S.A. avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le proprie necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte.

Finita la fase del dialogo, la S.A. invita i concorrenti a presentare la loro offerta finale, in base alle soluzioni emerse nella fase di dialogo.

Unico criterio di aggiudicazione è quello del miglior rapporto qualità/prezzo.

La S.A. può prevedere premi o incentivi per i partecipanti al dialogo.

4. *Il partenariato per l'innovazione (art. 65 Codice)*

Si può ricorrere al partenariato per l'innovazione nelle ipotesi in cui l'esigenza di sviluppare lavori innovativi e di acquistare successivamente i lavori che ne risultano non può, in base a una motivata determinazione, essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, a condizione che i lavori che ne risultano corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti.

Prevede la pubblicazione di un bando. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di 30 giorni dalla data di trasmissione del bando alla GUUE. A seguito di tale pubblicazione vengono invitati i concorrenti in base alle informazioni fornite relative alla capacità dei candidati nel settore della ricerca e dello sviluppo e nella messa a punto e attuazione di soluzioni innovative. È possibile applicare la forcella secondo quanto già visto a proposito della procedura ristretta (art. 91 Codice). Può essere indicato nel bando che nell'ambito della negoziazione vi siano più fasi successive, finalizzate a ridurre il numero dei concorrenti con cui negoziare. La riduzione deve avvenire con applicazione dei criteri indicati nel bando.

Non sono soggetti a negoziazione i requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione.

Occorre garantire la parità di trattamento tra tutti gli offerenti durante il corso della gara; la S.A non può fornire in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri.

5. *La procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando (artt. 63 e 36 Codice)*

È ammessa quando:

1. in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta non è stata presentata alcuna offerta, o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Alla Commissione (europea), su sua richiesta, va trasmessa una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta;

2. i lavori possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: 1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica; 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici; 3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale. Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto; occorre dimostrare in modo rigoroso che i prodotti offerti da altre imprese sono tali da comportare un'incompatibilità ovvero difficoltà tecniche di uso o di manutenzione sproporzionate (C.d.S. n. 2807/2015). Sull'infungibilità e sulla sussistenza di diritti esclusivi è intervenuta ANAC con L.G. n. 8/2017, si rinvia all'apposito paragrafo del Capitolo XXVII;

3. l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per la S.A, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o competitiva con negoziazione. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alla S.A (cosiddetta "urgenza procurata", ossia derivante da una protratta inerzia della P.A). I lavori devono limitarsi alla misura strettamente necessaria. Ovviamente l'urgenza deve essere di carattere eccezionale, e cioè deve consistere in una imperiosità tale da non permettere alcuna soluzione alternativa e derivare da eventi imprevedibili;

4. nuovi lavori consistenti nella ripetizione di lavori analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale, a condizione che tali lavori siano conformi al progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta e, stando alla lettera dell'art. 63 c. 5 Codice, un partenariato per l'innovazione, la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo e la procedura negoziata senza bando. Il progetto a base di gara indica tale possibilità, la loro entità e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati; l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori è computato per la determinazione del valore globale dell'appalto. Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale;

5. lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro, affidati secondo diverse modalità a seconda dell'importo (art. 36, c. 2 lett. b) e c), Codice). In tali casi la procedura negoziata sembra costituire una modalità di affidamento ordinaria, che prescinde cioè dalla sussistenza di specifiche circostanze. Ma su questo le opinioni non sono concordi: secondo l'ANAC costituisce ancora procedura eccezionale, che va motivata, per lo meno per i lavori nella soglia 500.000-1.000.000, considerata l'ampiezza del limite (Linee guida ANAC n. 4/2016). Secondo il C.d.S. invece, la finalità specifica che deve costituire la stella polare dell'attività amministrativa è la semplificazione delle procedure sotto soglia, evitando inutili oneri aggiuntivi, pur nel rispetto di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza (C.d.S. parere n. 1903/2016, reso in merito alle Linee guida ANAC). Per tale motivo critica la linea dell'ANAC di imporre uno stringente onere motivazionale finanche in merito alla scelta della procedura seguita negli affidamenti al di sotto dei 40.000 euro, ove invece il legislatore all'art. 36 Codice pare non dare priorità verso le procedure ordinarie (che rimangono solamente facoltative).

I casi di affidamento a procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando devono essere contenute nelle casistiche sopra evidenziate, non è ammessa l'interpretazione estensiva.

La procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando si distingue a seconda che l'affidamento avvenga direttamente ad un operatore economico determinato, in quanto solo lui può eseguire quell'opera, oppure previo esperimento di una gara informale.

5.1. La procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando: l'affidamento diretto

Nel caso di privativa industriale o di motivi tecnici particolari (la direttiva parla anche di requisiti specifici di interoperabilità per garantire il funzionamento) oppure di ripetizione di lavori analoghi il contratto va affidato a quell'operatore economico determinato che ha il diritto di privativa oppure che esegue i lavori principali; e pertanto non è possibile esperire la gara informale: l'affidamento avviene direttamente.

L'affidamento diretto è previsto anche per i contratti di importo inferiore a 40.000 euro (art. 36 c. 2 lett. a) Codice). In questo caso è preferibile fare precedere l'affidamento dalla richiesta di più preventivi (indagine di mercato), per salvaguardare l'economicità dell'attività amministrativa. Dibattuta è la possibilità di affidare il contratto al precedente affidatario; i TAR vedono una certa prevalenza della tesi di esclusione, in applicazione del principio di rotazione. Il Consiglio di Stato e l'ANAC sono invece più possibilisti, in quanto si tradurrebbe in una causa di esclusione non prevista dalla legge. È chiaro che nel caso di affidamento diretto occorre una motivazione veramente eccezionale per un affidamento diretto ripetuto; occorre motivare con la modalità di esecuzione straordinariamente precisa dell'affidatario uscente (Linee Guida ANAC n. 4/2016). A seguito del Correttivo, che ha introdotto il principio di rotazione degli affidamenti, risulta ancora più residuale la possibilità di affidare al precedente affidatario. Anche nel caso di gara informale l'invito all'affidatario uscente ha carattere eccezionale, da motivare.

Si riporta la seguente sentenza della Corte di Cassazione penale n. 13432/2017: il reato di turbata libertà del procedimento di gara è configurabile anche in assenza di gara ed in presenza di affidamento diretto. Quindi un affidamento diretto, privo di valida giustificazione, può fatalmente e forse anche facilmente, entrare nella delicata tela di ragno del reato se si accompagna un "evento perturbativo" che può anche prescindere dalla collaborazione complice del funzionario.

5.2. La procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando: l'affidamento previa gara informale

Ove possibile, la S.A. effettua una gara informale, individuando gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e

tecnico-professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno 5 operatori economici (numeri diversi sono previsti per l'art. 36 Codice, come sotto precisato) se sussistono in tale numero soggetti idonei. La scelta del contraente avviene applicando l'offerta economicamente più vantaggiosa (nella nuova accezione del termine).

Nel caso della procedura negoziata fino a 1.000.000 di euro, prevista all'art. 36 Codice, l'invito è rivolto, per lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro, ad almeno 15 soggetti (prima del Correttivo erano 10) e, per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, ad almeno 10 soggetti (prima del Correttivo erano 5) se sussistono aspiranti idonei in tali numeri. Si nota che seguendo alla lettera l'art. 36 c. 2 Codice pare che per i lavori di importo fino a 1.000.000 di euro l'affidamento con procedura negoziata sia quella preferenziale ("... salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le SS.AA procedono ...").

La scelta dei concorrenti da invitare avviene tramite indagine di mercato effettuata mediante avviso pubblicato sul profilo di committente per un periodo non inferiore a 15 giorni, specificando i requisiti richiesti, oppure mediante selezione dai vigenti elenchi di operatori economici utilizzati dalla S.A, che devono essere compatibili con il Codice. Si ritiene che debbano essere indicati i criteri obiettivi cui si atterrà la S.A per selezionare i concorrenti da invitare, qualora siano in numero superiore a quello previsto (art. 216 c. 9 Codice). Per quanto riguarda la possibilità di invitare il contraente già affidatario del precedente contratto, si rinvia in parte al paragrafo precedente, aggiungendo che in questo caso tale operatore economico potrebbe essere aggiunto al numero minimo di contraenti da invitare per legge (quindi come undicesimo o come sedicesimo a seconda dell'importo), anche in questo caso motivando con la eccezionale regolarità e puntualità dell'esecuzione del precedente contratto (ANAC Linee Guida n. 1/2016).

Gli operatori economici selezionati vengono (contemporaneamente) invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione tramite lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La S.A. sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o competitiva con negoziazione.

L'avviso di post informazione deve essere pubblicato sui siti informatici entro 30 giorni dalla data dell'aggiudicazione e, qualora l'affidamento sia avvenuto ai sensi dell'art. 36 Codice, deve contenere l'indicazione dei soggetti invitati e degli offerenti.

6. L'accordo quadro (art. 54 Codice)

Si tratta di "un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste".

Non può avere una durata superiore a 4 anni nei settori ordinari e 8 anni per i settori speciali, salvo casi eccezionali.

Può essere concluso:

- con un solo operatore economico. In questo caso più che di una procedura si tratta di una tipologia di contratto, caratterizzato dal fatto che vengono definite solamente alcune delle condizioni contrattuali (i prezzi) che saranno poi meglio definite (le quantità) durante il corso del contratto stesso;
- con più operatori economici (almeno 3 se vi è un numero sufficiente di operatori economici che soddisfano i criteri di selezione ovvero offerte che rispettano i criteri di aggiudicazione). In tal caso l'accordo quadro può non contenere tutte le condizioni e quindi l'affidamento del contratto sarà preceduto da un confronto competitivo fra gli operatori economici.

L'accordo quadro concluso con un solo operatore presenta delle particolarità rispetto allo schema tipico dell'appalto di opere: serialità degli interventi dedotti in contratto, in base alla quale l'erogazione delle prestazioni da parte dell'Appaltatore avviene secondo modalità continuative o periodiche; determinazione della prestazione dell'Appaltatore in funzione del tempo, alla stregua dei contratti di durata; mancata predeterminazione della quantità delle prestazioni richieste.

La qualificazione deve essere commisurata all'importo complessivo del contratto e non alle singole applicazioni del contratto, così c'è coerenza con il Certificato di Esecuzione dei Lavori che dovrà essere emesso al termine del contratto e non delle singole applicazioni (deliberazione AVCP 95/2011).

Rispetto al vecchio Codice è sparita la limitazione per i lavori di manutenzione; per cui l'accordo quadro potrebbe essere utilizzato per tutte le tipo-

logie di lavori; purtuttavia i bandi ANAS di accordo quadro per la manutenzione straordinaria e nuovi lavori sono stati bocciati dall'ANAC (dietro richiesta di parere da parte del MIT) sul presupposto che il nuovo Codice richiede che la gara avvenga sulla base del progetto esecutivo.

Cap. X

Le modalità di pubblicità dei bandi e degli avvisi. I termini di presentazione delle offerte

Il bando è lo strumento di informazione indispensabile per gli operatori del settore, volto ad assicurare la massima concorrenza in un mercato allargato. La pubblicità è oggetto di minuziosa attenzione da parte del legislatore; il Codice disciplina in modo univoco la pubblicità per gli appalti (meno per le concessioni). Le modalità, graduate in relazione all'importanza economica dell'opera, temperano sia il diritto comunitario sia le esigenze interne di mercato.

Dopo l'adozione del programma triennale può essere pubblicato, il più rapidamente possibile, l'avviso di preinformazione. Tale avviso non è obbligatorio, ma la sua pubblicazione comporta la possibilità di abbreviare i termini di pubblicazione del bando. Alle modalità di pubblicazione dei bandi vengono applicati alcuni principi generali, tra i quali spicca quello secondo cui, nella fissazione dei termini per il ricevimento delle domande di partecipazione e delle offerte, si deve tener conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo normalmente necessario per preparare le offerte. Inoltre, se la documentazione di gara non è stata fornita nei termini di legge, o se per la compiuta compilazione dell'offerta sia necessario visitare i luoghi o consultare *in loco* i capitolati d'oneri, i termini di presentazione delle offerte vanno adeguatamente prorogati.

Le modalità di pubblicità cambiano a seconda che si tratti di contratti di rilevanza comunitaria, ossia il cui importo stimato (da tenere distinto dall'importo a base di gara) sia pari o superiore a 5.225.000 euro (euro 209.000 per i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria), oppure di rilevanza nazionale, ossia di importo inferiore a tale soglia. Nel calcolare l'importo stimato del contratto occorre considerare anche l'importo delle eventuali opzioni. Si può ritenere che il cosiddetto quinto d'obbligo, ossia la possibilità per la S.A di imporre all'esecuto-

re la realizzazione di eventuali varianti per un importo fino al 20% in più dell'importo di contratto, costituisca un'opzione, e come tale vada conteggiato per determinare il valore stimato dell'appalto. Deve inoltre comprendere il valore complessivo stimato delle forniture e dei servizi necessari all'esecuzione dei lavori, messe a disposizione dell'imprenditore da parte della S.A. Secondo il disposto dell'art. 35 Codice, il calcolo del valore dell'affidamento al fine dell'individuazione della soglia di riferimento, deve essere comprensivo anche degli eventuali rinnovi contrattuali; in caso contrario, le proroghe contrattuali si risolvono in affidamenti diretti, sottratti alla libera concorrenza (deliberazione AVCP n. 58/2009). L'importo deve essere sempre al netto dell'IVA al fine di garantire la parità di trattamento tra i concorrenti, da ritenersi prevalente sull'interesse della S.A a sopportare costi inferiori (C.d.S. 5630/2016).

Regole particolari valgono per i lavori aggiudicati a lotti:

- se l'affidamento avviene contemporaneamente per lotti distinti si ha riguardo al valore complessivo stimato della totalità dei lotti;
- se il valore cumulato dei lotti rientra nella soglia comunitaria, le norme dettate per i contratti di rilevanza comunitaria si applicano a ciascun lotto a meno che il valore stimato al netto dell'IVA sia inferiore a un milione di euro e purché il valore cumulato di tali lotti non superi il 20% del valore complessivo di tutti i lotti.

Fino a quando non sarà a regime la nuova modalità di pubblicità mediante la piattaforma ANAC continua la pubblicità dei bandi di gara e degli esiti sui quotidiani (DM 2.12.2016). Ancora una volta, con il DM 2.12.2016, è slittata l'abrogazione della pubblicità sui quotidiani (già prevista all'art. 26 D.L. 66/2014); le spese di pubblicazione del bando e degli avvisi sulla GURI e sui quotidiani (nazionali e locali) sono rimborsate alla S.A dall'aggiudicatario entro 60 giorni dall'aggiudicazione

Possono essere previste forme aggiuntive di pubblicità ma solo senza oneri finanziari a carico della S.A e gli effetti legali decorrono dalla pubblicità obbligatoria.

Il Codice disciplina anche le modalità con le quali deve darsi notizia dell'avvenuto affidamento di un contratto pubblico (avviso di post-informazione).

1. I contratti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria (artt. 60 e 61 Codice)

Per i contratti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, l'avviso di preinformazione va pubblicato sulla GUUE, sul profilo di committente (sito informatico dell'Ente appaltante) e sul sito dell'Osservatorio.

L'art. 60 Codice detta la disciplina delle forme di pubblicità del bando:

- GUUE (Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea), secondo modalità di trasmissione e formato precisato nell'allegato V punto 3 Codice;
- GURI (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana), V serie speciale, relativa ai contratti pubblici; sarà superato dalla pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso ANAC;
- «profilo di committente» (sito informatico della S.A) nella sezione Amministrazione trasparente di cui al D.Lgs. n. 33/2013;
- sito informatico del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, entro 2 giorni lavorativi dalla pubblicazione sulla GURI (sito internet www.servizio-contrattipubblici.it);
- sito informatico dell'Osservatorio, con gli estremi di pubblicazione sulla GURI;
- almeno 2 dei principali quotidiani a diffusione nazionale e almeno 2 a maggiore diffusione locale nel luogo dove si eseguono i lavori, a scelta della S.A; la pubblicazione avviene per estratto, dopo 12 giorni dalla trasmissione alla GUUE. Tale forma di pubblicità è stata sottoposta ad abrogazione a più riprese, ma è ancora valida fino a quando non entrerà a regime la piattaforma ANAC (DM 2.12.2016).

Il bando deve poi essere trasmesso al Prefetto, ai sensi dell'art. 95, comma 3, del D.Lgs. n. 159/2011. Stesse modalità sono previste per gli appalti nei settori speciali.

I termini minimi sono i seguenti (artt. 60 e 61 Codice per i settori ordinari):

- per le procedure aperte il termine di ricezione delle offerte non può essere inferiore a 35 giorni (ridotti a 15 giorni in caso d'urgenza debitamente motivata), decorrenti dalla data di trasmissione del bando di gara alla GUUE. Se è stato pubblicato l'avviso di preinformazione contenente tutte le informazioni richieste per l'avviso di preinformazione e se inviato nell'intervallo tra i 35 giorni e i 12 mesi prima del bando il termine per il ricevimento delle offerte è ridotto a 15 giorni. Se i documenti di gara non sono

pubblicati sul sito si devono aggiungere 5 giorni (tranne nei casi d'urgenza);

- nelle procedure ristrette, nelle procedure competitive con negoziazione e nel dialogo competitivo:

- le domande di partecipazione devono essere presentate nel termine di 30 giorni dalla data di trasmissione del bando alla GUUE (ridotti a 15 nei casi d'urgenza debitamente motivata);

- per quanto riguarda le offerte: almeno 30 giorni dalla trasmissione della lettera di invito per le procedure ristrette (ridotti a 10 nei casi di urgenza debitamente motivata). Se è stato pubblicato l'avviso di preinformazione non utilizzato per l'indizione di una gara ma contenente tutte le informazioni richieste per l'avviso di preinformazione e se inviato nell'intervallo tra i 35 giorni e i 12 mesi prima del bando il termine per il ricevimento delle offerte è ridotto a 10 giorni.

Si precisa che non sussistono ragioni di urgenza se dettata dalla perdita di finanziamento (parere AVCP 159/2007).

2. I contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria (art. 36 Codice)

Per i contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'avviso di preinformazione va pubblicato sul profilo di committente e sui siti informatici della S.A., del Ministero delle infrastrutture e dell'Osservatorio.

I bandi relativi a contratti di importo pari o superiore a 500.000 euro sono pubblicati:

- sulla GURI;
- sul «profilo di committente» della S.A.;
- sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti, entro 2 giorni lavorativi dalla pubblicazione sulla GURI con l'indicazione degli estremi di pubblicazione sulla GURI;
- sul sito informatico dell'Osservatorio, con l'indicazione degli estremi di pubblicazione sulla GURI;
- almeno 1 dei principali quotidiani a diffusione nazionale e almeno 1 a maggiore diffusione locale nel luogo dove si eseguono i lavori, a scelta della S.A. La pubblicazione avviene per estratto, dopo 12 giorni dalla trasmissione alla GUUE. Tale forma di pubblicità è stata sottoposta ad abrogazione a più riprese, ma è ancora valida fino a quando non entrerà a regime la piattaforma ANAC (DM 2.12.2016).

Gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione decorrono dalla pubblicazione sulla GURI.

I bandi relativi a contratti di importo inferiore a 500.000 euro sono pubblicati su:

- albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori;
- sul «profilo di committente» della S.A.;
- sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti, entro 2 giorni lavorativi dalla pubblicazione sull'Albo pretorio;
- sul sito informatico dell'Osservatorio.

Gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione decorrono dalla pubblicazione nell'albo pretorio del Comune.

I termini minimi delle procedure aperte e ristrette possono essere dimezzati rispetto a quelli previsti per i contratti di rilevanza comunitaria.

Cap. XI

I criteri di aggiudicazione (art. 95 Codice)

Il Codice prevede all'art. 95 che la migliore offerta è selezionata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il prezzo più basso oppure il miglior rapporto qualità/prezzo oppure il costo del ciclo di vita (costo/efficacia). La scelta tra i vari criteri è demandata alla S.A che deve scegliere quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto. Il criterio da utilizzare deve già essere indicato nel documento preliminare alla progettazione (art. 15, c. 5, lett. d, Regolamento).

Nella determinazione a contrarre la S.A dovrà indicare il criterio prescelto e motivare perché lo ritiene più adeguato rispetto all'oggetto del contratto.

Nella determinazione n. 5/2008 l'AVCP ha riconosciuto l'impossibilità di dare indicazioni preventive ed astratte circa la scelta del criterio più adeguato senza incorrere nel rischio di privare «*le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta*». Tuttavia l'Autorità ha ritenuto opportuno fornire alcune indicazioni affinché, nel rispetto del citato principio di equivalenza tra i due criteri, siano di ausilio agli operatori del settore nella scelta del criterio di aggiudicazione più «adeguato»:

- il criterio del prezzo più basso può reputarsi adeguato al perseguimento delle esigenze dell'ammi-

nistrazione quando l'oggetto del contratto non sia caratterizzato da un particolare valore tecnologico o si svolga secondo procedure largamente standardizzate. Il criterio del prezzo più basso può così presentarsi adeguato esclusivamente quando l'oggetto del contratto ha connotati di ordinarità in relazione alla diffusa presenza sul mercato di operatori in grado di offrire il prodotto richiesto, la cui consolidata standardizzazione garantisce l'assenza di particolari esigenze riconducibili a specifiche e limitate qualificazioni;

- il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo (ex offerta economicamente più vantaggiosa) può essere adottato quando le caratteristiche oggettive dell'appalto inducano a ritenere rilevanti, ai fini dell'aggiudicazione, uno o più aspetti qualitativi, quali possono essere l'organizzazione del lavoro oppure le caratteristiche tecniche dei materiali (ad esempio, materiali innovativi che garantiscono una maggiore durabilità o una maggiore sicurezza in caso di impianti idrici, termici, ecc.), oppure l'impatto ambientale, ecc.

Nell'ambito dei lavori pubblici, pur sussistendo un progetto posto a base di gara (nei settori ordinari quasi sempre di livello esecutivo), è evidente che il progetto, per quanto completo, può sempre essere oggetto di miglioramento: le imprese che operano sul mercato potrebbero presentare dei miglioramenti al progetto, migliorando così la qualità dei lavori pubblici realizzati.

In alcuni casi per i lavori pubblici la normativa impone l'utilizzo del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo. Sono i seguenti casi:

- dialogo competitivo (art. 64 Codice), in considerazione della complessità dell'appalto,
- concessioni di lavori pubblici (art. 173, c. 2, Codice),
- project financing (art. 183 c. 4 Codice),
- locazione finanziaria (art. 187 c. 2, Codice),
- contratto di disponibilità (art. 188 c. 3 Codice),
- servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria di importo superiore a 40.000 euro (art. 95 c. 3 Codice),
- lavori pubblici di importo superiore a € 2.000.000 (prima del Correttivo era 1.000.000 di euro).

A contrario è possibile il criterio del prezzo più basso (art. 95 c. 4 Codice) nel caso di lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro se la procedura di gara, anche negoziata (vedi lettera ANAC prot.

n 84346 del 23 giugno 2017), avviene sul progetto esecutivo.

La scelta del criterio di selezione delle offerte, al pari di ogni altra attività amministrativa discrezionale, deve ritenersi sindacabile per eccesso di potere, nelle sue forme sintomatiche della manifesta illogicità o irragionevolezza. In linea generale la discrezionalità della S.A deve essere esercitata sulla base dei noti criteri dell'adeguatezza, ragionevolezza e logicità e deve altresì rispettare i principi di trasparenza, concorrenza ed efficacia. Si tratta, in sostanza, di una valutazione che rientra nel cosiddetto merito amministrativo, e che di conseguenza non può essere sindacato dal giudice amministrativo sotto il profilo della legittimità, a meno che non emergano evidenti elementi di illogicità e irragionevolezza (C.d.S. sentenza n. 3484/2014). Stando alla lettera dell'art. 95 c. 5 Codice la S.A deve motivare solamente il ricorso al criterio del prezzo più basso, lasciando intendere che gli altri criteri non devono essere motivati.

Per quanto riguarda la possibilità per le Regioni di legiferare in merito si rinvia alle sentenze della Corte Costituzionale n. 401/2007 e n. 411/2008 le quali hanno confermato la complessiva conformità a Costituzione del vecchio Codice, negando la possibilità per il legislatore regionale di recare discipline difformi rispetto alla normativa statale, in relazione all'ambito dei criteri di aggiudicazione, ricondotti alla disciplina della tutela della concorrenza.

La vera novità del Codice (sulla scia della direttiva UE) è la possibilità di aggiudicare sulla base dell'elemento costo (art. 95 c. 2 Codice) quale il costo del ciclo di vita (art. 96 Codice), concetto di derivazione anglosassone, ossia la somma dei costi complessivi (non solo per la P.A ma anche per gli utenti), che vanno dai costi interni di acquisizione alla dismissione, quindi comprensivi dei costi di smaltimento e delle esternalità legate all'intervento che si realizza (quali l'inquinamento causato dall'estrazione delle materie prime) purché siano monetizzati e controllati; questo permette di valorizzare non solo la componente che impatta direttamente sulla spesa pubblica ma anche i costi non immediatamente percepibili. Altra novità è che il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi (art. 95 c. 7 Codice): sono i casi in cui sono presenti "disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici", o altro ancora (deve essere posta

molta attenzione nella modalità di calcolo o stima del prezzo o costo fisso); va da sé che queste novità sono utilizzate in casi particolari, devono essere adeguatamente motivate le ragioni alla base di tali scelte e sulla metodologia seguite per il calcolo del pezzo o costo fisso, in base al quale verrà remunerato l'oggetto dell'acquisizione.

1. Il criterio del minor prezzo o prezzo più basso

Con il criterio del minor prezzo (o prezzo più basso) l'aggiudicazione avviene, come lascia facilmente intuire la denominazione, a favore di colui che ha offerto il prezzo complessivo più basso (espresso o come valore assoluto oppure con la più alta percentuale di ribasso). È evidentemente un metodo di facile applicazione, che non richiede particolari spiegazioni. Una precisazione va fatta per i lavori pubblici di importo inferiore a un milione di euro, in quanto è prevista la possibilità di esclusione automatica; così, pur continuandosi a parlare di aggiudicazione col criterio del prezzo più basso, in realtà, con l'introduzione dell'esclusione automatica delle offerte colpite da presunzione (assoluta) di anomalia dell'offerta, l'aggiudicazione avviene a favore di un'offerta "media". Anche in questo caso, trattandosi dell'applicazione rigida di una formula matematica, non ci sono spazi alla discrezionalità. Il metodo di determinazione di calcolo della soglia di anomalia deve essere estratto a sorte tra i vari metodi fissati dal Codice. Col Correttivo sono state apportate alcune rettifiche a tali metodi. L'applicazione delle varie formule previste dal Codice pone seri dubbi e per tale motivo è intervenuta l'ANAC con il comunicato del 5/10/2016 (e poi confermato con delibera n. 1018/2017) per chiarire che non è più possibile applicare il criterio del blocco unitario e pertanto le offerte vanno considerate singolarmente anche se con ugual ribasso; successivamente il C.d.S. con sentenza n. 4803/2017 ha chiarito che il calcolo dello scarto medio aritmetico va operato solo con riguardo alle offerte che restano dopo l'operazione di accantonamento (taglio delle ali).

L'offerta economica può essere espressa o mediante ribasso unico sull'elenco prezzi posto a base di gara oppure mediante offerta a prezzi unitari. La scelta spetta alla S.A.

2. Il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo

È il metodo secondo il quale le offerte presentate dai concorrenti vengono scelte non solo in base al para-

metro strettamente economico, ossia il prezzo, ma in base anche ad altri elementi relativi alla qualità della prestazione offerta, quali possono essere le soluzioni tecniche migliorative, le modalità di esecuzione ecc., secondo una analisi del rapporto qualità/prezzo. Il Codice, conformemente alla nuova direttiva UE 2014/24/UE favorisce il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, infatti in alcuni casi rende obbligatorio tale criterio ed in altri dà la possibilità di scegliere il criterio del minor prezzo (si rinvia al paragrafo precedente).

La prima seduta pubblica per l'apertura dei plichi e la verifica della documentazione amministrativa è comune a quella del criterio del prezzo più basso; questa fase non deve necessariamente essere svolta dalla commissione giudicatrice, mancando una disposizione precisa e univoca in tal senso sia nella legge che nel Regolamento, in quanto la commissione giudicatrice è composta da tecnici, che non necessariamente sono esperti nella verifica della documentazione amministrativa. Nel caso di procedura ristretta i due organi non possono coincidere perché la nomina della commissione giudicatrice deve essere effettuata dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Il vecchio Codice aveva chiarito che le buste contenenti l'offerta tecnica vanno aperte in seduta pubblica; il nuovo Codice invece nulla dice al riguardo. Il C.d.S. nel parere n. 1919/2016 in merito alle regole fissate dalle linee guida ANAC per la composizione della commissione giudicatrice auspica che tale obbligo venga inserito nelle linee guida stesse. L'ANAC con le L.G. n. 5/2016 ha colto l'occasione per riempire il vuoto normativo che si era venuto a creare prevedendo che tutte le sedute di apertura delle buste devono essere pubbliche. In tale seduta si dà atto della documentazione presente nella busta, senza prendere conoscenza del contenuto della stessa. Occorre che siano indicati già nel bando, ove possibile, la data, l'ora ed il luogo in cui tenere tale seduta, oppure, ove non sia possibile prevederlo già nel bando, deve essere preventivamente dato avviso di tali dati a tutti i concorrenti, mediante comunicazione personale (oppure pubblicazione sul sito, se previsto nel bando, vedi sentenza C.d.S. n. 3911/2016).

Poi seguono le sedute riservate per la valutazione della documentazione tecnica che sono effettuate dalla commissione giudicatrice. Al termine delle valutazioni, in seduta pubblica si dà lettura dei punteggi dell'offerta tecnica e si aprono le buste contenenti l'offerta quantitativa. Si procede così a

definire la graduatoria complessiva. Il prosieguo della procedura di gara è comune a quella del criterio del minor prezzo.

L'offerta dei concorrenti viene scomposta in una pluralità di elementi che, insieme al loro parametro (o peso) ed alla metodologia di valutazione, nonché alla formula, permettono di individuare con un unico punteggio numerico finale l'offerta più vantaggiosa.

Elementi e pesi devono essere fissati dall'Amministrazione e indicati nel bando, in modo certo e puntuale, al fine di garantire la trasparenza e l'imparzialità dell'attività amministrativa, nonché il rispetto della *par condicio* dei concorrenti. Da qui la necessità di indicare già nel bando sia gli elementi che i subelementi di valutazione e i loro pesi. Per quanto riguarda la metodologia di valutazione e la formula che saranno utilizzati non c'è uniformità di vedute. Per la Corte di Giustizia Europea non è necessario indicare nel bando il metodo di valutazione applicato al fine di valutare le offerte, tuttavia tale metodo non può avere l'effetto di modificare i criteri di attribuzione e la loro ponderazione relativa (CGE c-6/15 del 14/7/2016). Per il Consiglio di Stato invece la scelta di tali metodi non può essere rimessa al seggio di gara, men che mai dopo l'apertura delle buste (C.d.S. 5656/2015). Va da sé che è sicuramente cautelativo per la S.A fissare tali metodologie e non lasciarlo alla decisione della Commissione giudicatrice, proprio perché influiscono in modo significativo sulla graduatoria.

L'Amministrazione non è tenuta a motivare la scelta degli elementi di valutazione e del loro parametro di ponderazione in quanto l'art. 3 della legge n. 241/1990 prevede che non è necessaria la motivazione degli atti aventi contenuto generale, tra cui rientrano i bandi di gara.

2.1. *Gli elementi o criteri di valutazione*

Sono le componenti dell'offerta di cui l'Amministrazione tiene conto, e sottopone a valutazione (ad es. il prezzo, il tempo di esecuzione, il valore tecnico ed estetico dell'opera ecc.). Sono variabili in relazione al tipo di appalto ed alla tipologia di intervento. Nell'ambito di tale categoria si possono individuare alcuni elementi di natura quantitativa (quali il prezzo, il tempo di esecuzione dei lavori, il rendimento, la durata della concessione, il livello delle tariffe) i cui valori vengono fissati dal concorrente e sono soggetti solo a calcolo numerico. Gli altri criteri sono di natura qualitativa e quindi soggetti a valu-

tazione discrezionale da parte dell'Amministrazione. La distinzione tra i criteri di valutazione di natura qualitativa e quantitativa è importante perché devono essere conoscibili in momenti diversi della procedura di gara e quindi devono essere contenuti in buste separate, pena l'invalidità dell'intero procedimento.

Sul Mepa (di Consip) gli elementi quantitativi stanno all'interno della busta tecnica anche se sono di tipo automatico (nell'altra busta vanno solo gli elementi economici automatici).

In particolare il fattore tempo può essere considerato un fattore quantitativo se si chiede solamente la riduzione del tempo di esecuzione (e, in caso di verifica dell'anomalia dell'offerta, si dovrà verificare l'offerta economica congiuntamente alla riduzione del tempo) oppure un criterio qualitativo se si vuole valutare in sede di gara la capacità del concorrente di ridurre i tempi di prestazione, senza andare a scapito della qualità della prestazione e le penali da applicare in caso di mancato rispetto della tempistica contrattualizzata.

L'art. 95, c. 8 Codice prevede che il bando di gara elenchi i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi.

I criteri sono elencati, ma a solo titolo indicativo, nell'art. 95 c. 6 Codice; è invece molto preciso nell'escludere, dagli elementi di valutazione, le opere aggiuntive rispetto al progetto posto a base di gara (divieto introdotto dal Correttivo).

Il Codice insiste molto sui criteri a tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile (sulla scia della nuova direttiva 2014/24/UE). L'art. 34 Codice prevede, ai fini del perseguimento delle esigenze ambientali, l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. A seguito del Correttivo ora i CAM devono essere rispettati al 100%, ossia per tutti i contratti (e non più secondo le percentuali progressive stabilite dal DM 24/5/2016 pubblicato sulla GURI n. 131/2016). Questi sono i decreti ministeriali emanati che possono interessare i lavori pubblici e la gestione edilizia:

- 11.10.2017 (in GURI n. 259/2017) *per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici*, il quale ha sostituito il decreto 11.1.2017 (in GURI n. 23/2017) *per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione,*

ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici e per la gestione dei cantieri della pubblica amministrazione; Aggiornamento dell'allegato 1 del decreto ministeriale del 24 dicembre 2015;

- 27.9.2017 (in GURI n. 244/2017) *per l'acquisizione di sorgenti luminose per illuminazione pubblica, l'acquisizione di apparecchi per illuminazione pubblica, l'affidamento del servizio di progettazione di impianti per illuminazione pubblica* (ha abrogato il CAM del 23.12.2013);

- 5.2.2015 *per l'acquisto di articoli per l'arredo urbano* (pubblicato in G.U. n. 50/2015) poi modificato dal DM 24/5/2016 (in G.U. n. 131/2016);

- 13.12.2013 *per la gestione del verde pubblico, acquisto di ammendanti, acquisto di piante ornamentali e impianti di irrigazione* (pubblicato sulla G.U. n. 13/2014);

- 4.4.2013 *"carta per copia e carta grafica"*;

- 24.5.2012 *"pulizia e fornitura di prodotti per l'igiene"*;

- 6.6.2012 *"Guida per l'integrazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici"* (in G.U. n. 159/2012);

- 8.5.2012 *"per l'acquisizione dei veicoli adibiti al trasporto su strada"* (in G.U. n. 129 del 5.6.2012);

- 7.3.2012 *"per l'affidamento di servizi energetici per gli edifici - Servizio di illuminazione e forza motrice - servizio di riscaldamento/raffrescamento"*;

- 25.7.2011 *"... serramenti esterni"* (in G.U. n. 220/2011);

- 22.2.2011 *"... arredi per ufficio, apparati per l'illuminazione pubblica"* (in G.U. n. 64/2011);

- 12.10.2009 *"carta in risme, ammendanti"* (in G.U. n. 261/2009).

Sono così stati precisati i criteri (sia come specifiche tecniche obbligatorie, sia come criteri di valutazione dell'offerta) da rispettare affinché un appalto possa essere considerato "VERDE".

In gara possono essere ammesse delle varianti al progetto posto a base di gara. I criteri guida per le varianti in sede di offerta sono ben espressi nella sentenza del Consiglio di Stato n. 3481/2008 (poi ripresa nella sentenza n. 2504/2015):

a) non si devono tradurre in diversa ideazione dell'oggetto del contratto, del tutto alternativa rispetto a quella voluta dalla P.A;

b) deve essere migliorativa rispetto al progetto base, riguardante le modalità esecutive (particolari costruttivi che integrino o modifichino il progetto base; oppure riguardare miglieorie tecnologiche);

c) l'offerente deve dare contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali;

d) si dia prova che la variante garantisce l'efficienza del progetto e le esigenze della P.A.

In generale gli elementi di valutazione devono rispettare i seguenti requisiti:

1) devono essere collegati all'oggetto del contratto; ad esempio gli elementi di valutazione non possono fare riferimento al soggetto offerente. È infatti necessario operare una distinzione tra i requisiti di qualificazione (richiesti per essere ammessi alla gara) e gli elementi di valutazione. Se, per converso, venissero impiegati gli stessi requisiti già valutati in sede di ammissione alla gara, per essere assunti anche come elementi di valutazione, ne risulterebbe una graduatoria pressoché predefinita, già in sede di ammissione alla gara.

La stessa certificazione di qualità del sistema di gestione UNI ENI ISO è considerata un requisito di partecipazione e quindi da prendere in considerazione per la selezione dei concorrenti e non come criterio di valutazione e pertanto non può essere oggetto di valutazione tecnica (parere AVCP n. 50/2008 e sentenza C.d.S. n. 2716/2009), principio poi ridimensionato come si andrà ad illustrare.

Successivamente c'è stato un parziale ma significativo ripensamento giurisprudenziale prima e giuridico poi sulla netta separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione.

Il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione era già stato ridimensionato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 6002/2009, riducendolo a principio di carattere solo relativo: «Il divieto in discorso conosce un'applicazione attenuata nel settore dei servizi laddove "l'offerta tecnica non si sostanzia in un progetto o in un prodotto, ma nella descrizione di un'attività che può essere valutato unicamente sulla base di criteri quali-quantitativi, fra i quali ben può rientrare la considerazione della pregressa esperienza dell'operatore, come anche della solidità ed estensione della sua organizzazione d'impresa". Dalla considerazione dell'esperienza maturata da una concorrente possono quindi trarsi indici significativi della qualità delle prestazioni e dell'affidabilità dell'impresa, qualora tali aspetti non risultino preponderante(i) nella valutazione complessiva dell'offerta». Ed anche successivamente con la sentenza n. 1705/2016 in cui si ammette l'attribuzione di punti (se minimi) per la certificazione di qualità.

Tipico esempio è nei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria in cui la valutazione di quanto già svolto (progetti) può dare una chiara indicazio-

ne della capacità del concorrente. In tal caso va attentamente disciplinato se tali esperienze pregresse possono coincidere con i requisiti di qualificazione alla gara oppure debbano essere diversi. Entrambe le soluzioni hanno pregi e difetti. Ammettere la possibilità di sottoporre a valutazione quanto già utilizzato per la qualificazione (Linee guida ANAC n. 2/2016) comporta una doppia valutazione del medesimo servizio; escludere dalla valutazione quanto già utilizzato come requisiti di partecipazione alla gara significa introdurre surrettiziamente criteri dimensionali (Linee guida ANAC n. 1/2016);

2) devono essere **specifici e oggettivamente quantificabili e verificabili**. È bene richiedere elementi verificabili facilmente e con precisione dalla commissione in sede di gara, onde evitare, per quanto possibile, la presentazione di dichiarazioni e documenti di dubbia interpretazione e differente qualità. La commissione giudicatrice deve anche essere in grado di controllare l'esattezza delle informazioni fornite dagli offerenti;

3) devono rispettare, in particolare, i **principi fondamentali di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza**. Il principio della parità di trattamento rende non ammissibile il criterio della "presenza sul territorio" perché comporta la violazione dei principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, nonché la non discriminazione e parità di trattamento. La commissione giudicatrice non può introdurre elementi di specificazione ed integrazione dei criteri generali di valutazione delle offerte, già indicati nel bando di gara o nella lettera d'invito, e neanche fissare sottocriteri.

2.2. I parametri o fattori di ponderazione o pesi

Sono i dati numerici associati a ciascun elemento di valutazione; riflettono l'importanza che la P.A. attribuisce a quell'elemento di valutazione. Essi esprimono la discrezionalità amministrativa e politica della S.A.: ad esempio, assegnare all'elemento "prezzo" peso 90 o 10 significa tenere in considerazione molto elevata o molto scarsa l'aspetto economico della prestazione da affidare.

Il Codice all'art. 95, c. 8 prevede che il bando di gara deve elencare i criteri di valutazione e precisare la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi e, al comma 9, se le stazioni appaltanti ritengono la ponderazione impossibile per ragioni dimostrabili, indicano nel bando di gara, o nel capitolato d'oneri, l'ordine decrescente di importanza dei criteri.

Una eccezione è costituita dalle concessioni: l'art. 173, c. 2, Codice prevede che il bando indichi i criteri in ordine decrescente di importanza (non è necessario indicare i pesi); è stato riconosciuto che la procedura di scelta del concessionario non è soggetta alle regole rigorose di una vera e propria gara, essendo al contrario caratterizzata da maggiore elasticità e libertà da formalismi.

Il bando, per ciascun elemento di valutazione, deve prevedere, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi. Occorre precisare che non sussiste obbligo di stabilire i sub-criteri; l'art. 95, c. 8 Codice prevede che il bando fissi per ciascun criterio i sub-criteri e i sub-pesi, ma solo "ove necessario" (C.d.S. sentenza n. 112/2016 e 1661/2016); pertanto se i sub-criteri sono necessari, ma solo se sono necessari, devono essere esplicitati già nel bando (C.d.S. 5091/2015).

Viene lasciata libertà nella determinazione dei parametri di ponderazione; in generale il Codice non fissa dei limiti minimi o massimi che l'Amministrazione deve rispettare nel fissare tali parametri, tranne per il prezzo: il Correttivo (sulla scia di quanto aveva anticipato l'ANAC già nel parere n. 220/2015) ha stabilito che all'elemento economico non può essere attribuito un punteggio superiore a 30; si potrebbe però pensare ad una violazione della regola del gold plating ossia che il legislatore abbia invaso un campo che dovrebbe essere lasciato alla discrezionalità della S.A. (e l'AGCM con atto n. As1422 del 18.8.2017 ha proprio segnalato l'invasione di campo, ritenendo limiti eccessivamente la facoltà della S.A.). Abbiamo visto addirittura che l'elemento prezzo può mancare (art. 95 c. 7 Codice).

2.3. La commissione giudicatrice

Le offerte tecniche devono essere esaminate da una commissione, così da evitare gli arbitrii insiti nelle valutazioni discrezionali effettuate da un solo soggetto.

La commissione giudicatrice ha il ruolo di avanzare una proposta all'Amministrazione, e questa disporrà poi l'aggiudicazione. Il parere della commissione, quindi, pur risultante da verbale avente forza di atto pubblico, ha carattere infraprocedimentale e come tale non è immediatamente impugnabile.

Per l'individuazione della migliore offerta, vengono così nominate, nell'ambito delle singole gare, specifiche commissioni giudicatrici. La commissione deve svolgere giudizi e valutazioni complessi in ordine agli aspetti qualitativi delle offerte presentate.

Proprio in ragione della specificità delle competenze esercitate, la commissione deve essere composta di persone che siano fornite di specifica competenza ed esperienza nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto dell'appalto oppure siano munite di qualificazioni professionali che facciano presumere tale competenza. Non è necessario che la Commissione sia esperta in tutte le materie o le tematiche alle quali attengono i singoli e specifici aspetti presi in considerazione dal bando, l'importante è che siano esperti nell'area di attività in cui ricade l'oggetto del contratto, è l'idoneità della commissione nel suo insieme ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea (C.d.S. nn. 3400/2017, 31/2017 e 5670/2015); così ha superato il vaglio una commissione composta da tutti architetti anche se veniva richiesta la competenza di un ingegnere, perché in possesso di specifiche competenze e preso parte a numerose commissioni per procedure analoghe a quella oggetto dell'affidamento (C.d.S. n. 4316/2015). La competenza ed esperienza può essere riconosciuta nel caso di prolungata esperienza nel settore ma può essere parimenti riconosciuta nelle ipotesi in cui risulti una particolare significatività e qualità delle esperienze formative e professionali (C.d.S. n. 3911/2016).

È sparita la preferenza per la commissione interna, anzi, a contrario, si ritiene che una commissione interna sia a maggior rischio di corruzione ovvero presenti una minore capacità di resistere a pressioni provenienti dall'ambiente circostante, rispetto ad una composta da soggetti esterni. Per questo è prevista la costituzione di un apposito Albo istituito presso l'ANAC ed i commissari verranno scelti per sorteggio nell'ambito di una rosa predisposta dall'ANAC. Le linee guida che definiscono la composizione della commissione giudicatrice hanno forza vincolante (parere C.d.S. n. 1919/2016). Fintanto che non sarà costituito tale Albo i commissari continuano ad essere scelti dalla S.A e può essere composta da componenti interni o esterni. Prossimamente sarà emanato un Decreto MIT con cui verrà stabilita la tariffa di iscrizione all'albo e il compenso massimo per i commissari.

Le operazioni della commissione vengono svolte alla presenza di un segretario verbalizzante che ha appunto il compito di verbalizzare le attività svolte nelle sedute; egli è privo di diritto di voto e non va computato nel novero dei membri della commissione giudicatrice (C.d.S. n. 2812/2016). Commissione di gara e commissione giudicatrice possono coincidere oppure essere differenti: entrambe le

soluzioni presentano pregi e difetti. Nel caso della procedura ristretta non possono coincidere perché la commissione giudicatrice deve essere nominata dopo il termine per la presentazione delle offerte (e quindi dopo che i concorrenti sono stati invitati a presentare offerta). Se non coincidono la commissione giudicatrice deve convalidare le operazioni materiali svolte in precedenza (C.d.S. n. 2812/2016). L'attività valutativa che deve compiere la commissione si sottrae, per sua natura, ad ogni verifica del merito delle scelte effettuate, onde, in apice, essa deve far capo a soggetti che non si trovino in situazioni di incompatibilità con i concorrenti che partecipano alla gara. Di qui una serie di cause di incompatibilità previste dall'art. 77 Codice, tra le quali spicca l'impossibilità assoluta del progettista di prendere parte alla Commissione. Tale disposizione pone seri problemi soprattutto per i piccoli enti (ma ormai non possono più bandire gare autonomamente). L'AVCP con il parere n. 46/2012 aveva precisato che il divieto del progettista di fare parte della commissione giudicatrice vale solo per i progettisti esterni. Per quanto riguarda il RUP non c'è univocità di vedute, certo egli ha svolto funzione o incarico tecnico o amministrativo quindi dovrebbe essere impossibilitato, ma il Correttivo è intervenuto ad attenuare il divieto prevedendo che "La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura". Le disposizioni sulle incompatibilità sono finalizzate ad evitare favoritismi; avendo natura di norma di ordine pubblico, la loro violazione comporta l'invalidità del procedimento.

La nomina della commissione è rimessa all'organo competente all'aggiudicazione, da identificare, per gli enti locali, in base al loro ordinamento (D.Lgs. n. 267/2000) nel dirigente oppure, su sua delega, nel RUP; questo in virtù del canone della distinzione disciplinante l'organizzazione della P.A ed in particolare della separazione tra la sfera politica e amministrativa (e quindi non alla Giunta Comunale, tranne nei piccoli Comuni nei quali al componente della giunta sia attribuita la responsabilità dei servizi comunali; vedi in tal senso, da ultimo, C.d.S. n. 5296/2015).

La nomina dei commissari deve avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte. La disposizione - avente chiaramente natura di norma di ordine pubblico - tende ad evitare possibili favoritismi da parte del commissario preventivamente nominato. È così stata ritenuta illegittima la previsione di una commissione perma-

nente, diretta cioè ad esaminare le offerte relative a tutte le gare bandite da una S.A in un determinato arco temporale, proprio perché non sarebbe rispettata la regola che impone la nomina della commissione successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Questo vale solo per i contratti di appalto soggetti interamente al Codice. Per i concorsi di progettazione e di idee vige un principio diverso: la commissione può essere nominata prima ed i nominativi essere indicati nel bando.

Tutti i componenti della commissione giudicatrice devono partecipare alle sedute di gara al fine di offrire il proprio contributo alle valutazioni da effettuare, per assicurare una corretta formazione della volontà collegiale. I commissari non possono nemmeno esimersi dall'esprimere il loro giudizio; ne consegue che è illegittima la deliberazione assunta dalla commissione in assenza o con l'astensione di alcuni dei suoi componenti. In effetti è la S.A che sceglie come deve essere composta la commissione, ossia quali professionalità devono sussistere all'interno di essa. Se alcuni componenti si astenessero, o addirittura mancassero, nei momenti in cui vengono svolte le operazioni tecnico-valutative che, in quanto tali, sono discrezionali, si modificherebbe in modo surrettizio la composizione della commissione. Secondo la tesi prevalente la commissione giudicatrice è organo collegiale, straordinario e perfetto; da questo principio discende che la commissione giudicatrice deve effettuare le operazioni di valutazione solo in presenza del collegio al completo. Secondo alcuni la presenza di tutti i componenti della commissione è sempre necessaria, senza distinzione fra attività istruttoria e deliberativa, allorché si tratti di acquisire elementi di conoscenza ai fini della valutazione da effettuare. Altri invece sostengono la possibilità di costituire delle sottocommissioni per svolgere le attività ricognitive, ordinarie o istruttorie, o strumentali vincolate, o preparatorie degli elementi sui quali dovrà poi pronunciarsi il plenum, sempre che non comportino esercizio di poteri discrezionali. Restano invece riservate all'intero collegio le attività implicanti valutazioni di carattere tecnico discrezionale o decisionali; queste ultime, pertanto, devono essere necessariamente svolte dalla commissione con la presenza di tutti i suoi componenti, pena l'invalidità del procedimento.

2.4. Valutazione tecnica e procedura

Nella fase della decisione, che si concreta nell'attribuzione di valori di giudizio a ciascun concorrente per ciascun elemento di valutazione, si impernia l'attività valutativa della commissione. In tale fase la commissione può funzionare a maggioranza, oppure ogni componente può autonomamente attribuire il proprio giudizio.

Il Codice prevede che il numero di commissari debba essere dispari: tale disposizione può far pensare ad un possibile funzionamento a maggioranza. Manca ora una qualsiasi regolamentazione delle metodologie di attribuzione dei punteggi in quanto il Regolamento è stato abrogato nelle parti pertinenti: allegato G relativo ai lavori, allegato I relativo ai concorsi di progettazione e allegato M relativo a servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria. Spetta quindi alla singola S.A stabilire quali metodologie applicare; nulla vieta che si riallacci a quanto era stato previsto nel Regolamento stesso ossia:

1. coefficienti attribuiti dai singoli commissari (e poi sommati o "mediati") mediante attribuzione discrezionale oppure mediante il confronto a coppie (utilizzando la tabella triangolare oppure la matrice quadrata); in questo caso il funzionamento non avviene a maggioranza;
2. coefficienti determinati attraverso un diverso metodo, ad esempio mediante scala di valori prefissata. Tale metodo potrebbe introdurre il funzionamento a maggioranza.

La commissione giudicatrice procede, in una o più sedute riservate, a valutare le offerte tecniche presentate dai soggetti ammessi alla gara, ed alla conseguente attribuzione dei relativi valori di giudizio. Il principio della pubblicità, insito nella fase preliminare di apertura dei plichi, deve essere escluso per le sedute dedicate alle decisioni e alle valutazioni tecnico-discrezionali dell'organo collegiale; le sedute sono riservate per evitare i condizionamenti esterni. Il confronto a coppie esprime non una valutazione assoluta ma una valutazione relativa delle offerte prese due a due. Può avvenire con l'utilizzo della "tabella triangolare" oppure con la "matrice quadrata".

Nella fase di valutazione la commissione può introdurre scaglioni di valore in base a fasce omogenee di quantità di servizi offerti in aggiunta a quelli minimi richiesti, nei limiti del punteggio massimo previsto dal bando, specificando i criteri con i quali procede ad attribuire i punteggi all'interno

della forbice massima prevista dal bando, rendendo così trasparente e controllabile il proprio giudizio (C.d.S. n. 3481/2016).

Dopo che i singoli commissari hanno attribuito il proprio giudizio secondo diverse modalità (quali il confronto a coppie oppure l'attribuzione discrezionale dei coefficienti), si utilizza il metodo multicriterio che è stato previsto nel bando; di solito viene previsto il metodo aggregativo compensatore. Moltiplicando ciascun coefficiente per il relativo fattore ponderale si arriva al punteggio per ciascun elemento di valutazione.

Il metodo aggregativo compensatore è il metodo che viene impiegato di maggiore frequenza nella prassi, perché di più facile impiego. Esso è facilmente comprensibile e trasparente. Il metodo (anche detto della "somma pesata") prevede che la migliore offerta sia quella che, sulla base del grado di soddisfacimento o perseguimento di ognuno degli elementi di valutazione, raggiunge la somma maggiore.

Altra metodologia che era illustrata nel Regolamento è il metodo Electre.

I *punteggi* sono il risultato finale dei valori di giudizio; possono coincidere con i valori di giudizio, a seconda della metodologia di valutazione utilizzata.

Sommando tutti i punteggi definitivi così calcolati relativamente a tutti gli elementi di valutazione di natura qualitativa si avrà, per ciascun concorrente, il punteggio relativo alla valutazione tecnica. Si è discusso in passato se i punteggi dell'offerta tecnica debbano essere sommati e poi riparametrati riportando il punteggio più alto attribuito al punteggio massimo previsto per l'offerta tecnica (cosiddetta doppia riparametrazione). Non essendo previsto da norme obbligatorie deve essere la disciplina di gara a stabilire le regole; non è scontato che la soglia massima di punteggio prevista debba necessariamente essere conseguita, sì da doversi disporre, in difetto, una riparametrazione (C.d.S. nn. 5696/2015, 2852/2017 e 3580/2017). Anche il metodo della doppia riparametrazione ha dei difetti: facendo ricorso a detto criterio, un'offerta di qualità media, ma migliore di quelle concorrenti, si vede assegnato il punteggio massimo astrattamente previsto, con la conseguenza di venir apprezzata come lo sarebbe un'offerta qualitativamente eccellente pur non essendo intrinsecamente tale, a detrimento delle offerte dei concorrenti che hanno invece potenziato, rispetto alla qualità, il profilo della maggiore convenienza economica (C.d.S. n. 266/2016); ma sentenza successiva ha decretato che la doppia riparametrazione è

insita nel metodo aggregativo compensatore (C.d.S. n. 1048/2016). Il C.d.S. nel parere n. 1767/2016 in merito ai servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria ha "promosso" la riparametrazione "interna" ossia quella inerente la valutazione dell'elemento qualitativo, mentre per la riparametrazione "esterna", vale a dire tra gli elementi di carattere tecnico e quelli di carattere economico, deve essere la S.A a decidere. La giurisprudenza prevalente è quindi nel senso di applicare la doppia riparametrazione solamente se espressamente prevista nei documenti di gara (C.d.S. 3650/2017). Una volta prevista la riparametrazione questa va effettuata anche in presenza di un solo concorrente in gara, se non diversamente previsto nel bando (C.d.S. n. 749/2016), di qui la necessità di essere precisi nelle regole di gara. Il Codice all'art. 95 c. 9 prevede semplicemente che le AA.AA utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa.

La valutazione degli elementi di natura qualitativa, che comportano una valutazione discrezionale, deve essere effettuata dalla commissione giudicatrice prima della conoscenza delle offerte di natura quantitativa, aventi carattere, per così dire automatico, come il prezzo. Questo allo scopo di far esprimere l'esercizio della discrezionalità nella valutazione degli elementi di natura qualitativa in modo libero ed incondizionato e di non consentire (nemmeno potenzialmente) alla commissione di valutare gli elementi da sottoporre a giudizio tecnico discrezionale tenendo conto degli elementi di natura quantitativa. Dal procedimento sopra delineato risulta come conseguenza necessaria che le offerte relative agli aspetti di natura quantitativa (prezzo, tempo di esecuzione ecc.) e le offerte relative agli aspetti di natura qualitativa vanno incluse in buste separate. Il divieto di commistione tra l'offerta tecnica e l'offerta economica non può essere inteso in senso assoluto, potendo nell'offerta tecnica essere inclusi anche alcuni elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché tali elementi non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica (C.d.S. n. 193/2016). In particolare non può venir interpretato a tal punto da eliminare le naturali e obiettive interferenze tra i due aspetti, quello tecnico e quello economico, nella fattispecie relativa al caso in cui il valore di miglioramento qualitativo del contratto posto a base di gara non incide in alcun modo sul prezzo posto a base di gara (C.d.S. 5181/2015) oppure qualora siano inseriti listini ufficiali o il riferimento a prezzi praticati sul

mercato oppure ad elementi del tutto marginali che non consentono di ricostruire la complessiva offerta economica (C.d.S. nn. 1989/2017, 1530/2017 e 4615/2015). In particolare per l'elemento "tempo" è stato riconosciuto che, pur essendo un elemento di natura quantitativa, non preclude la sua inclusione nell'offerta tecnica in quanto non comporta violazione del principio di segretezza dell'offerta economica (C.d.S. n. 2510/2016); se si opta per tale soluzione si consiglia di sottoporre a valutazione il cronoprogramma.

Le operazioni di gara vanno verbalizzate, a maggior ragione le operazioni svolte dalla commissione giudicatrice in seduta riservata. Il verbale non deve necessariamente contenere la descrizione minuta di ogni singola azione amministrativa, ma deve riportarne solo gli aspetti salienti e significativi, necessari per consentire la verifica della correttezza delle operazioni eseguite. Per una corretta rappresentazione documentale dello svolgimento della procedura, è necessario registrare fedelmente le sedute, specificando, in dettaglio, il numero delle adunanze, le date delle riunioni e l'orario dell'inizio e della conclusione delle stesse, onde consentire agli interessati di verificare il rispetto delle regole di gara e di rendere conoscibile all'esterno la scansione e la successione delle operazioni compiute (ad esempio, il momento in cui sono stati espressi i giudizi tecnico-comparativi). È poi essenziale che la commissione dia atto, di volta in volta, della propria regolare composizione in ciascuna seduta, in considerazione dell'immanente principio di collegialità che presiede a tutto lo svolgimento della gara. In conclusione, occorre che i verbali descrivano, con sufficiente precisione ed analiticità, tutte le attività compiute. Per inficiare le operazioni di gara occorre però che l'appellante allegli elementi concreti che impongano di affermare che la verbalizzazione postuma abbia determinato un vulnus apprezzabile degli interessi sottesi alla verbalizzazione contestuale ed analitica (C.d.S. 4903/2017). Per le indicazioni in merito alla conservazione della documentazione tra una seduta e l'altra si rinvia al Cap. IX a proposito dell'art. 99 c. 4 Codice.

Nel verbale vanno anche indicate le motivazioni dei punteggi. Per motivazione o percorso motivazionale si intende il ragionamento, ossia la puntuale ricostruzione dell'iter logico, seguito dai commissari nella valutazione dei singoli aspetti delle offerte tecniche presentate da ciascun concorrente, che li ha indotti ad attribuire ai singoli elementi di valutazione quel determinato valore di giudizio, secon-

do le modalità previste dal bando. La motivazione, quindi, permette la percezione delle ragioni poste a fondamento dell'assegnazione dei punteggi. Si discute se il provvedimento di aggiudicazione debba contenere un'esplicita motivazione circa le scelte effettuate dalla commissione, oppure se sia sufficiente il punteggio numerico. Secondo un indirizzo intermedio il problema relativo alla possibilità di utilizzare il punteggio numerico in luogo della motivazione non può essere risolto in astratto, ma deve essere risolto in concreto, risultando *sufficiente il punteggio soltanto ove i criteri siano predeterminati rigidamente* e insufficiente nel caso in cui si risolvano in espressioni generiche. Tanto più gli elementi di valutazione sono analitici e specifici, eventualmente suddivisi in subelementi ed accompagnati da criteri di giudizio, tanto meno vi è la necessità di motivare l'attribuzione dei punteggi (C.d.S. nn. 4438/2017, 1889/2016, 2912/2016 e 3911/2016). Nel caso invece che gli elementi di valutazione fissati nel bando siano alquanto generici e non ci siano precisi criteri di giudizio, sarà necessaria una motivazione esaustiva ancorché sintetica, a futura memoria, da utilizzare nel caso la S.A debba rendere conto delle proprie ragioni di fronte al giudice. È sufficiente una motivazione sintetica, la quale potrà poi essere maggiormente sviluppata in sede di giudizio. Nel caso del confronto a coppie il commissario esprime una preferenza, ed è già questa la motivazione (C.d.S. nn. 2969/2017 e 4415/2016).

Si rammenta che la valutazione operata dalla commissione giudicatrice resta essenzialmente una valutazione discrezionale: nelle valutazioni che non si basano su calcoli scientifici o su discipline mutuate dalle scienze esatte (ma su opinioni, per quanto illuminate dall'autorevolezza di chi è chiamato ad esprimerle), vi è sempre un margine di giudizio che dipende da percezioni (frutto di intuizione e/o di esperienza), e/o da sensibilità e abilità cognitive soggettive, difficilmente esternabili mediante espressioni verbali puntuali e precise. Proprio per tale ragione qualora si ritenga che la valutazione debba fondarsi (esclusivamente o preminentemente) su percezioni di tal genere, si ricorre all'uso del voto numerico (che, infatti, è cosa ben diversa dal risultato di un computo o di un calcolo matematico). E sempre per tale ragione, l'espressione del voto numerico costituisce una "tecnica motivazionale" legittima (C.d.S. n. 4578/2015).

Per la fase di valutazione tecnica può essere prevista (nel bando) la clausola di sbarramento ossia un livello minimo di punteggio che l'offerta deve rag-

giungere per essere considerata valida (o idonea); tale clausola è legittima anche se si attesta sul 75% del punteggio ed anche per i singoli criteri e se porta ad avere un solo concorrente ammesso al prosieguo della gara (C.d.S. n. 31/2017 e 5468/2015). L'utilizzo della clausola di sbarramento è caldeggiato dall'ANAC nelle Linee guida n. 1/2016 a proposito dell'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria.

Infine occorre un'altra seduta pubblica, nella quale viene aperta l'ultima busta, contenente le offerte relative agli elementi quantitativi (prezzo, tempo di esecuzione, rendimento, durata della concessione, livello delle tariffe ecc.) detti anche "automatici" perché, essendo già espressi in numeri, il punteggio deriva dall'applicazione di una formula matematica e non da una valutazione discrezionale. I partecipanti possono così assistere alla verifica dell'integrità delle buste ed alla identificazione del loro contenuto, operazione che garantisce la serietà della gara, impedendo sostituzioni o alterazioni dei relativi atti. In tale seduta, si dà prima lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, poi si procede alla lettura dei ribassi e delle riduzioni contenute nella busta quantitativa ed all'attribuzione automatica dei punteggi secondo le prescrizioni del bando. Per gli elementi di valutazione di natura quantitativa la misurazione è sicuramente più facile, in quanto sono elementi già espressi in numeri (euro, giorni ecc.). Tuttavia anche questi elementi di valutazione possono creare problemi alle stazioni appaltanti; in particolare il Consiglio di Stato ha dovuto più volte pronunciarsi in merito alla formula da utilizzare per misurare il grado in cui l'elemento prezzo, offerto da ciascun concorrente, soddisfa le aspettative della P.A. Gli stessi numeri possono essere manipolati in diversi modi e portare a risultati assai differenti tra loro.

A fianco della classica formula per il prezzo:

$$R_i / R_{max}$$

dove:

R_i = ribasso offerto dal concorrente i esimo

R_{max} = ribasso massimo offerto in sede di gara,

l'ANAC ammette l'utilizzo di altre formule (parere n. 44/2014 e L.G. n. 2) ma solo se sono tali da assicurare che all'offerta migliore venga attribuito il massimo del punteggio e all'offerta pari a zero (nessun miglioramento) il punteggio pari a zero, e quindi di utilizzare tutto il range del punteggio. Ammette in particolare anche la formula parabolica (R_i/R_{max}), formula che è stata invece bocciata dal C.d.S. (sen-

tenza n. 2221/2017) in quanto, distorcendo la linearità sotto il profilo matematico, finisce per dare massimo valore ai criteri qualitativi che sono quelli più discrezionali e, quindi, potenzialmente più manipolabili dalla commissione di gara, in contrasto con i principi di trasparenza che permeano le gare pubbliche.

Non possono essere fissati dei limiti massimi alle riduzioni di prezzo, neanche se giustificati dalla esigenza di garantire che il prezzo proposto sia sufficiente a sostenere il costo del lavoro, atteso che tale finalità deve essere perseguita attraverso lo strumento tipico all'uopo predisposto dal legislatore in materia di offerte anomale; l'art. 266 del Regolamento (ora abrogato) presentava profili di dubbia legittimità (C.d.S. n. 2912/2016).

Infine si sommano i punteggi attribuiti all'offerta tecnica ed all'offerta economica (o, più correttamente, quantitativa) di ciascun concorrente. Si determina così la graduatoria complessiva dandone lettura ai presenti. Se il concorrente che ha ottenuto il maggior punteggio complessivo non rientra nella soglia di anomalia, si procede alla proposta di aggiudicazione. Se invece il primo in graduatoria ricade nella soglia di anomalia occorre verificare la congruità delle offerte (si rinvia al paragrafo successivo).

Cap. XII

La verifica di congruità delle offerte (art. 97 Codice)

Nell'ambito della gara si possono distinguere diversi interessi connaturati a:

- contenere la spesa pubblica, cercando di ottenere il miglior prezzo;
- selezionare l'offerta che realmente possa assicurare l'esatto e tempestivo adempimento delle obbligazioni;
- promuovere lo sviluppo economico delle imprese (interesse molto sentito dalla comunità europea);
- tutelare la concorrenza nelle gare pubbliche da pratiche commerciali esasperate e predatorie, fino ad arrivare ad escludere imprese che operino in dumping ossia siano disposte a lavorare senza utili, perché così facendo si permetterebbe la sopravvivenza alle sole imprese fornite di maggiori risorse economiche, che possono consentirsi contratti in perdita (C.d.S. 1800/2012).

Il legislatore è consapevole che un eccesso di concorrenza può indurre le imprese a formulare offerte non remunerative, pur di aggiudicarsi le commesse pubbliche. Questo potrebbe esporre a rischio la stessa prestazione dei servizi o renderla particolarmente gravosa per i ritardi e le difficoltà nella esecuzione.

Normalmente c'è una situazione di trade-off tra prezzo e qualità: beni e servizi di qualità inferiore sono spesso offerti ad un prezzo inferiore, e viceversa.

D'altra parte non si può negare in senso assoluto che un concorrente sia in grado di offrire livelli di qualità elevata a costi contenuti; in particolare l'anomalia può essere sintomo di innovatività imprenditoriale dell'offerta o della capacità manageriale dell'impresa. Pertanto in linea generale l'offerta, pur se anomala, non può essere esclusa automaticamente. Non è così possibile procedere ad un'esclusione automatica solo perché vi è un indice di anomalia dell'offerta, ma si rende necessario esaminare la congruità dell'offerta di colui che, al termine della procedura di gara, è il potenziale aggiudicatario. Anche in questo caso il percorso da seguire per giungere a dichiarare eventualmente anomala un'offerta non poteva essere lasciato alla sola discrezionalità dell'Amministrazione: il legislatore ha disciplinato il procedimento di verifica di congruità delle offerte.

Solo nel caso del criterio del prezzo più basso, per i lavori d'importo fino a 2.000.000 di euro (soglia così elevata dal Correttivo) può essere prevista l'esclusione automatica delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia. Se il bando prevede l'esclusione automatica ma il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci non si procede all'esclusione automatica.

Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la soglia di anomalia viene calcolata secondo quanto previsto nell'art. 97 c. 2 Codice estraendo a sorte quale dei 5 diversi metodi previsti dalla norma applicare. La norma, relativamente al calcolo della soglia di anomalia, è stata oggetto di chiarimenti da parte del Correttivo, recependo quanto già anticipato dall'ANAC con il comunicato del Presidente del 5/10/2016; in particolare è stato precisato che il calcolo si effettua solo se il numero delle offerte è almeno pari a 5. Tuttavia residuano ulteriori criticità in merito alla eventuale presenza di offerte con uguale ribasso che hanno richiesto l'intervento del C.d.S.; si rinvia al paragrafo 1 del Capitolo XI.

Quando il criterio di aggiudicazione è quello del miglior rapporto qualità/prezzo, il Codice art. 97, c. 3 (il quale riporta erroneamente: "offerta economicamente più vantaggiosa"), prevede che la S.A valuta la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara. Esemplicando: se il bando di gara prevede un massimo di 50 punti per il prezzo e un massimo di 50 punti per il totale degli altri elementi dell'offerta, la soglia di anomalia riguarda le offerte che abbiano ottenuto contemporaneamente un punteggio pari o superiore a 40 per il prezzo e pari o superiore a 40 per tutte le altre componenti. Tale norma parte dal presupposto che l'offerta che presenta al contempo sia il prezzo più basso (o, comunque, un elevato ribasso) sia gli altri elementi di valutazione migliori (o, comunque, una qualità particolarmente elevata), può essere sospettata di anomalia. Non così invece per un'offerta che, pur presentando un ribasso molto elevato, sia giustificata da una offerta tecnica qualitativamente scadente (viceversa presenta sì una elevata qualità ma accompagnata ad un prezzo elevato). Le offerte che superano tale soglia vanno sottoposte al procedimento di verifica dell'anomalia in contraddittorio.

Il procedimento per la verifica dell'anomalia inizia con la richiesta delle giustificazioni dell'offerta; non è legittimo richiederle a pena di esclusione unitamente alla documentazione per l'ammissione alla gara, ma vanno richieste solo successivamente, in sede di verifica della congruità dell'offerta, (Corte Costituzionale n. 263/2016).

È poi fatta salva la facoltà, che ha sempre la S.A, di valutare la congruità dell'offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa. Dapprima era stato deciso che per ragioni di economia dei mezzi giuridici e per evitare arbitrii delle S.A occorre, per attivare la verifica di anomalia facoltativa, che vi sia un fumus, un sospetto di anomalia, sulla base di elementi specifici (C.d.S. n. 3862/2011) ma poi sentenza successiva ha decretato che non vi è un onere generale di motivazione del potere di verifica (C.d.S. n. 395/2016).

In merito all'organo competente a svolgere la verifica di congruità il Codice è generico, infatti all'art. 97, c. 7, recita: "*La S.A, qualora accerti che un'offerta è anormalmente bassa in quanto ...*". Le Linee Guida ANAC n. 3/2016 hanno chiarito che, nel caso del prezzo più basso, a fare la verifica è tenuto il RUP,

oppure una commissione costituita ad hoc (dovrà essere indicato nel bando). Invece nel caso del miglior rapporto qualità prezzo (probabilmente in quanto l'art. 77 c. 1 Codice stabilisce che la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata alla commissione giudicatrice) la verifica è svolta dal RUP con il supporto della commissione giudicatrice.

Scopo del procedimento è verificare la serietà di un'offerta che sia stata consapevolmente già formulata e immutabile; essa non può essere aggiustata in itinere nell'ambito del procedimento di verifica di congruità dell'offerta (C.d.S. n. 2811/2016). Ma solo l'offerta è immodificabile, mentre le giustificazioni sono modificabili e integrabili (C.d.S. n. 974/2017). Per quanto riguarda la valutazione dell'anomalia, nelle gare pubbliche non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero: anche un utile all'apparenza modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa (il mancato utilizzo dei fattori produttivi è comunque un costo), sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e dall'aver portato a termine un appalto pubblico (C.d.S. 1140/2017, 2228/2017 e 2556/2017); solo per le cooperative sociali che operano per finalità di utilità sociale, senza scopi di lucro, va bene anche un utile pari a zero (C.d.S. n. 3855/2016).

L'onere di fornire una motivazione puntuale vale solo laddove si intende respingere le giustificazioni presentate, non qualora si intenda accettarle: la positiva valutazione di congruità dell'offerta è sufficientemente espressa anche con eventuale motivazione per relationem alle giustificazioni rese dal concorrente (C.d.S. n. 3855/2016).

All'interno della verifica di congruità deve essere verificato anche il rispetto del costo del lavoro, determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione e che sarà fissato con Tabelle Ministeriali. Fino a quando queste tabelle non saranno adottate si applicheranno i DM già emanati; si ricorda che lo scostamento dalle tabelle ministeriali non comporta ex se causa di esclusione dalla gara ma occorre una verifica in contraddittorio con l'offerente (C.d.S. 4644/2017 e 5597/2016). Deve essere assicurato anche il rispetto degli obblighi sul subappalto (art. 97 c. 5 lett. b Codice) quindi occorre verificare che i prezzi indicati non comportino un ribasso ai

subappaltatori superiore al 20% e che le lavorazioni stesse siano state indicate come subappaltabili.

Cap. XIII

Le aste elettroniche (art. 56 Codice)

Quando le specifiche dell'appalto possono essere fissate in maniera precisa e la valutazione delle offerte rispondenti alle specifiche definite nel bando di gara sia effettuabile automaticamente da un mezzo elettronico, sulla base di elementi quantificabili, in modo tale da essere espressi in cifre o percentuali, le procedure possono essere condotte con aste elettroniche anche nel caso del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, nella misura in cui non richieda valutazioni discrezionali. Non può essere utilizzata per gli appalti di servizi o di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali.

Prima di procedere all'asta elettronica, la S.A effettua, in seduta riservata (se tutte le operazioni sono tracciabili e non consentono alcuna alterazione dei dati inseriti dai concorrenti: C.d.S. 3086/2016), una prima valutazione completa delle offerte pervenute, al fine di verificare l'ammissibilità delle offerte presentate. Tutti i soggetti che hanno presentato offerte ammissibili sono invitati simultaneamente per via elettronica a presentare nuovi prezzi o nuovi valori. Durante lo svolgimento dell'asta non possono essere resi noti l'identità degli offerenti; può essere annunciato il numero dei partecipanti (ma, nel caso vi sia un solo concorrente, è controproducente).

L'asta elettronica costituisce fase (unica o multipla) delle normali procedure di gara - aperta e ristretta - le quali seguono le regole ordinarie fino alla presentazione della prima offerta.

Nella procedura di asta elettronica appare implicita la progressiva *rinegoziazione* delle offerte attraverso la tecnica dei rilanci che sono considerati come presentazione di nuovi prezzi o di nuovi valori rispetto ad un primo set di offerte ritenute ammissibili e conformi ai criteri di aggiudicazione stabiliti dal bando.

Cap. XIV

La stipulazione del contratto (art. 32 Codice)

Dopo che è stata approvata l'aggiudicazione e quest'ultima è efficace, ossia sono state effettuate le verifiche in merito al possesso di tutti i requisiti

autodichiarati in sede di gara, occorre perfezionare il rapporto contrattuale con la stipulazione del contratto. La stipula del contratto deve avvenire non prima di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione (c.d. stand still, non obbligatorio nel caso di procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 36 c. 2 lett. a) e b) Codice) ed entro 60 giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione, o diverso termine stabilito dal bando o nell'invito ad offrire (o diverso termine concordato con l'aggiudicatario). Quest'ultimo termine non ha natura perentoria, né alla sua inosservanza può farsi risalire un'ipotesi di responsabilità precontrattuale; qualora la stipula non avvenga entro tale termine, l'aggiudicatario può sciogliersi da ogni vincolo mediante atto notificato alla S.A e, solamente in questo caso, ha diritto al (solo) rimborso delle spese contrattuali documentate, senza alcun indennizzo; in caso sia avvenuta la consegna dei lavori in via d'urgenza, ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal DL, ivi comprese quelle per opere provvisorie (C.d.S. 3742/2016 e 3866/2016) restando sganciata la richiesta del risarcimento del danno nel caso in cui all'esecuzione in via d'urgenza non segue la stipulazione negoziale (che può non seguire, se nel corso dell'esecuzione in via d'urgenza si palesino inadempimenti contrattuali). Se invece, nonostante il decorso del termine, l'aggiudicatario non richiede lo scioglimento del rapporto, egli non ha diritto ad alcunché.

Prima della stipulazione del contratto devono essere adempiuti alcuni passaggi.

Se l'aggiudicazione è avvenuta con l'offerta a prezzi unitari, occorre verificare i conteggi per sanare eventuali errori: non essendo più codificato da alcuna norma (il Regolamento è stato abrogato sul punto) dovrà essere la documentazione di gara a disciplinare la procedura da seguire in caso di errori.

Al momento della stipula del contratto occorre presentare la cauzione definitiva (art. 103 Codice), a copertura degli oneri per il mancato od inesatto adempimento, pari al 10% dell'importo contrattuale (nel caso di procedure realizzate in forma aggregata da centrali di committenza tale garanzia è nella misura massima del 10%). In caso di aggiudicazione con ribasso d'asta superiore al 10%, la garanzia fidejussoria è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10%; ove il ribasso sia superiore al 20%, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20%. L'importo della cauzione definitiva

può essere ridotta usufruendo degli stessi benefici previsti per la cauzione provvisoria (alla quale si rimanda). Può essere presentata sotto forma di cauzione (denaro, bonifico o titoli di Stato) o di fidejussione (bancaria o assicurativa o intermediari finanziari), a scelta dell'esecutore. Nel caso venga presentata sotto forma di fidejussione, deve contenere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, c.c, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della S.A. In caso di RTC la garanzia è presentata, su mandato irrevocabile, dal capogruppo in nome e per conto di tutti i concorrenti, con responsabilità solidale nel caso di RTC orizzontale, con responsabilità pro quota nel caso di RTC verticale. La cauzione sta a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché a garanzia del rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno. La cauzione ha natura di caparra confirmatoria (e non di clausola penale o pegno irregolare) ciò significa che la S.A può sia incamerare immediatamente le somme oggetto della cauzione, sia decidere di richiedere il risarcimento del maggior danno da inadempimento (C.d.S. sentenza n. 2061/2013). L'importo garantito viene progressivamente e automaticamente ridotto a misura degli stati di avanzamento emessi, nella misura massima del 80% dell'importo iniziale. Il residuo viene svincolato all'emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque trascorsi 12 mesi dalla data di ultimazione dei lavori.

Interessante la possibilità di evitare la presentazione della cauzione definitiva per gli appalti da eseguirsi da operatori economici di comprovata solidità, esonerato da motivare adeguatamente e subordinato ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione. Il Correttivo ha poi aggiunto la possibilità di non richiedere la cauzione nel caso di affidamenti ai sensi dell'art. 36 c. 1 lett. a) Codice (affidamenti diretti sotto i 40.000 euro).

L'esecutore deve anche presentare la cosiddetta polizza C.A.R. (art. 103, c. 7 Codice) ossia una polizza assicurativa per i rischi di esecuzione e la garanzia di responsabilità civile per danni a terzi, valida fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o di regolare esecuzione.

Per i lavori di importo superiore al doppio della soglia comunitaria è prevista la presentazione di una polizza indennitaria decennale postuma (art. 103 c. 8 Codice).

Il contratto può essere stipulato mediante atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti nella S.A, in forma pubblica amministrativa o mediante scrittura privata; in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata. Questa disposizione aveva creato non poca confusione, portando a diverse interpretazioni (si ricorda: ANAC con la determina 1/2013 prima e comunicato 4/11/2015 poi, Presidenza del Consiglio dei Ministri e Corte dei Conti Lombardia). Ma anche nel nuovo Codice la visione non è chiara, nonostante il punto e virgola introdotto dalla rettifica al Codice. Fermo l'obbligo di stipulazione elettronica per le procedure aperte e ristrette, per le procedure negoziate (e per tutti i contratti fino a 40.000 euro) sembrerebbe ora permesso stipulare mediante scambio di lettere secondo l'uso del commercio. Sembrerebbe inoltre che lo scambio di lettere possa avvenire "anche" tramite PEC o strumenti analoghi, ma non sarebbe dunque obbligatorio l'utilizzo di modalità elettroniche di redazione delle lettere. Cosa certa è che il legislatore sta spingendo verso la stipulazione del contratto in modalità elettronica; anche il fax è considerata una modalità elettronica.

Con il Correttivo è stato precisato che fanno parte integrante del contratto i capitolati e il computo estimativo metrico (quest'ultimo costituisce una novità in quanto nella previgente normativa il computo metrico estimativo non faceva parte del contratto) e potrebbe comportare un qualche riflesso sulla applicazione del prezzo a corpo.

Dell'avvenuta stipulazione del contratto deve essere data comunicazione ai partecipanti entro 5 giorni.

Cap. XV

L'accesso agli atti

Il diritto di accesso alla documentazione amministrativa è disciplinato, in via generale, dalla legge n. 241/1990, che viene richiamata dall'art. 53 c. 1 Codice il quale prevede che il diritto di accesso agli atti della procedura di affidamento e di esecuzione

dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli artt. 22 e seguenti della legge n. 241/1990. Sempre l'art. 53 c. 2 lett. c) Codice prosegue differendo fino all'aggiudicazione il diritto di accesso, in relazione alle offerte e al procedimento di verifica dell'anomalia. Il Codice è però molto attento anche alla trasparenza tanto che un intero articolo (l'art. 29) si intitola "Principi in materia di trasparenza" e richiama il D.Lgs. n. 33/2016 che è stato fortemente modificato nel 2016 ad opera del D.Lgs. n. 97/2016, cosiddetto FOIA, entrato pienamente in vigore a dicembre 2016.

Ai sensi dell'art. 29 Codice, gli atti relativi alle fasi di gara devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo di committente nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione del D.Lgs. n. 33/2013; si ritiene pertanto che si vada oltre il diritto di accesso previsto dalla legge 241/1990, per entrare nel diritto di accesso civico. Per consentire la proposizione del ricorso amministrativo devono essere pubblicati nei successivi 2 giorni dalla data di nomina, la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti e, entro i 2 giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei requisiti soggettivi e dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali (quindi l'atto di aggiudicazione efficace). Non è chiaro se la pubblicazione deve avere ad oggetto i verbali da pubblicare mano a mano che vengano prodotti oppure se si deve attendere l'atto di aggiudicazione; sarà probabilmente la giurisprudenza a decidere. Il Correttivo ha aggiunto che entro 2 giorni deve essere dato avviso ai candidati e ai concorrenti del provvedimento. Problemi si pongono per il diritto di accesso relativamente all'offerta tecnica presentata dai concorrenti (elaborati progettuali ed altro) nonché alle giustificazioni relative alla congruità dell'offerta. Da un lato c'è evidentemente il diritto dei concorrenti non risultati vincitori di potere conoscere per quali motivazioni sono stati superati da altri concorrenti, in particolare nei confronti dell'affidatario. Dall'altro lato può esserci l'interesse del vincitore a non divulgare i propri dati, che possono attenerse a segreti di organizzazione, industriali (cosiddetto know how industriale), oppure attinenti ad opere dell'ingegno. Vi è quindi la necessità di tutelare anche l'interesse dell'aggiudicatario a non vedere divulgata la propria soluzione progettuale (offerta tecnica) ed i propri rapporti commerciali (giustifi-

cazione delle offerte). Nel sistema Mepa di Consip le offerte tecniche non sono accessibili sul sistema da parte dei concorrenti.

Secondo alcuni, l'esigenza di riservatezza, relativa a specifici beni della vita, prevale sul diritto di accesso; ma ciò non è univocamente accettato. In particolare, per quanto riguarda gli elaborati progettuali, è stato ritenuto che nessuna preclusione al diritto di accesso deriva dalla loro natura di opera dell'ingegno e dalla mancanza di autorizzazione da parte del progettista, in quanto le opere dell'ingegno sono già protette dalla tutela che, in sede civile e penale, l'ordinamento appresta al diritto di autore (C.d.S. n. 34/2005). Per quanto riguarda la tutela delle informazioni aziendali e delle esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali se ne occupa il D.Lgs. n. 30/2005 intitolato "Codice della proprietà industriale, a norma dell'articolo 15 della legge n. 273/2002".

L'art. 24 c. 6 lett. d) della legge n. 241/1990 prevede che possono essere sottratti all'accesso i documenti che riguardino (tra gli altri) gli interessi industriali e commerciali e all'art. 24, c. 7, prevede: *"Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici"*. Nella legge n. 241/1990 vi rientra così la possibilità di accedere ai documenti non solo nel breve termine previsto per impugnare l'aggiudicazione avanti al TAR ma anche per richiedere alla P.A di adottare un provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione in autotutela.

Per quanto riguarda il Codice il già richiamato art. 53 si occupa, oltre che di accesso, anche di riservatezza; infatti al c. 5 (lett. a), esclude il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali. È stato notato (C.d.S. n. 1213/2017) che il D.Lgs. 50/2016 nell'art. 53 fa riferimento al "segreto" commerciale, contenuto più rigoroso e stringente dell'art. 24 L. 241/1990 che invece parla di "riservatezza" commerciale. Essendo la gara basata sulla convenienza dell'offerta economica è chiaro che le condizioni alle quali essa è aggiudicata, ed il relativo contratto è stipulato, costituiscono la prova ed il riscontro della corretta conduzione delle competizioni fra gli offerenti, ragion per cui nessuna esigenza di riservatezza potrà essere tale da sottrarre all'accesso i dati economici che non siano così inestricabilmente avvinati a quelli

tecnici da costituire parte di un segreto industriale. La tutela del segreto tecnico o commerciale non può essere opposta, per la prima volta, in sede di opposizione all'istanza di accesso, ma deve essere dichiarata in sede di gara in quanto l'art. 53 c. 5 lett. a) nuovo Codice (stessa cosa per l'art. 13 vecchio Codice) parla di "offerente"; compete alla S.A valutare, sulla base della dichiarazione in precedenza resa dall'offerente, se l'inerenza del documento al segreto tecnico o commerciale si fonda su "motivata e comprovata dichiarazione" (C.d.S. 3431/2016). La P.A deve effettuare un rigoroso controllo in ordine alla concreta necessità di utilizzare tale documentazione in uno specifico giudizio, dovendo instaurare con le parti (interessato e controinteressato) un valido ed effettivo contraddittorio nella ponderazione degli opposti interessi. Occorre quindi una sorta di prova di resistenza ed il diritto di accesso dovrà essere conseguentemente negato nei confronti del concorrente che intenda accedere all'offerta dell'aggiudicatario dopo che sono scaduti i termini decadenziali per impugnare l'aggiudicazione, oppure qualora siano scaduti i termini per proporre i motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione. Tali conclusioni sono avvalorate dalla sentenza del C.d.S. n. 3079/2014, ma resa in vigore del vecchio Codice (art. 13); tutto questo per evitare che il diritto di accesso venga esercitato per giovare delle specifiche conoscenze possedute dagli altri concorrenti al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato (una sorta di concorrenza sleale), in violazione anche agli obblighi di correttezza e buona fede contenuti nel D.Lgs. n. 30/2005. In un caso particolare il C.d.S. nella sentenza n. 3909/2016 ha negato il diritto di accesso, ma si trattava di una gara caratterizzata dall'acquisizione di progetti sperimentali e innovativi in un settore ad alto contenuto tecnologico.

Alla luce della nuova normativa la soluzione più corretta pare essere quella di chiedere direttamente al concorrente di dichiarare già in sede di gara quali sono le parti dell'offerta tecnica idonee a rivelare i segreti industriali e simili per poi attivare, nel caso, un contraddittorio tra le parti. Un tale modo di procedere trova un proprio fondamento normativo nell'art. 25, c. 5, della legge n. 241/1990 e nell'art. 3 del D.P.R. n. 184/2006 che prevedono l'avviso ai controinteressati al diritto di accesso.

Presupposto per qualsiasi forma di esclusione/limitazione al diritto di accesso è quindi la presenza della dichiarazione dell'offerente-aggiudicatario, ove siano indicate puntualmente le parti da considerare

riservate. Non è immaginabile un dovere della P.A di decidere quali sono le informazioni coperte da segreto, spetta all'offerente indicare motivatamente quali punti della documentazione debbano qualificarsi come segreti commerciali o industriali.

Cap. XVI

I concorsi di progettazione e di idee

I concorsi di progettazione e di idee sono disciplinati dall'art. 3, lett. ddd), dall'art. 23 c. 2, dall'art. 24 c. 5 e dagli artt. 152/157 Codice.

Per la progettazione di lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomico e forestale, storico-artistico, conservativo, nonché tecnologico, le stazioni appaltanti ricorrono alle professionalità interne, purché in possesso di idonea competenza nelle materie oggetto del progetto o utilizzano la procedura del concorso di progettazione o del concorso di idee.

Si usa dire che nell'affidamento dell'incarico di progettazione si sceglie il miglior progettista, nel concorso di progettazione si sceglie il miglior progetto. La procedura intende fornire alla S.A un piano o un progetto selezionato da una commissione giudicatrice con o senza assegnazione di premi (art. 152 Codice). Quando si indice il concorso occorre che il documento preliminare alla progettazione sia integrato con quanto previsto all'art. 15, c. 7, Regolamento.

Non può essere valutato il ribasso sulla parcella perché oggetto della gara non è l'incarico di progettazione (che verrà eventualmente affidato a procedura negoziata) ma la scelta del progetto migliore (l'aspetto economico può essere valutato eventualmente come costo dell'opera).

1. Il concorso di progettazione

Nell'ambito del concorso di progettazione può essere richiesto esclusivamente un progetto con livello di approfondimento pari a quello di un progetto (preliminare) di fattibilità tecnica economica, salvo nei concorsi in due fasi; se riguarda un intervento da realizzarsi con il sistema della concessione di lavori pubblici, contiene anche lo studio economico finanziario per la costruzione e gestione dell'opera. Sono ammessi a partecipare i soggetti in possesso dei requisiti professionali per essere progettisti, ma può partecipare anche chi non ha i requisiti di capacità economico finanziaria e tecnica prescritti nel bando per i progettisti (art. 152, c. 5, Codice); tali

requisiti dovranno essere posseduti solo in caso di affidamento dell'incarico di progettazione, costituendo apposito RTC.

La corresponsione dei premi e dei rimborsi spese non è obbligatoria e non sono previsti parametri. Con il pagamento del premio la S.A acquista la proprietà del progetto vincitore. Al vincitore del concorso, se in possesso dei requisiti speciali previsti dal bando, possono essere affidati direttamente i successivi livelli di progettazione; tale possibilità e il relativo corrispettivo devono essere stabiliti nel bando. A seguito del Correttivo vi è l'obbligo di affidare l'incarico al vincitore se la S.A non sviluppa internamente il progetto.

Per definire la procedura di scelta e l'ambito di pubblicità si somma l'importo dei premi e rimborsi spese all'importo dei successivi incarichi di progettazione, direzione lavori e coordinamento sicurezza, se l'Amministrazione non esclude espressamente tale aggiudicazione nel bando di concorso. Se tale importo è pari o superiore alla soglia comunitaria, occorre un bando, per la cui pubblicazione si applicano le stesse modalità già viste per gli appalti di lavori. Deve poi essere pubblicato l'esito del concorso con le stesse modalità. Dalla lettura dell'allegato XIX che contiene le informazioni che devono figurare negli avvisi di concorsi di progettazione si rileva che è possibile:

- limitare il numero di partecipanti; in tal caso occorre stabilire criteri di selezione chiari e non discriminatori;
- indicare già nel bando i nomi dei membri della giuria selezionati (mentre negli appalti la nomina della commissione deve essere successiva alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta).

Non è disciplinata la eventualità che l'importo sopra indicato (somma dell'importo dei premi e dei rimborsi spese con l'importo dei successivi incarichi di progettazione, direzione lavori e coordinamento sicurezza, se l'Amministrazione non esclude espressamente tale aggiudicazione nel bando di concorso) sia sotto soglia comunitaria; si ritiene in questo caso applicabile l'art. 36 Codice.

Sono previsti 5 modelli di concorso di progettazione:

- unica fase, unico grado: si acquisisce il progetto di fattibilità;
- due fasi, unico grado: nella prima fase si acquisisce il progetto di fattibilità e nella seconda fase il progetto definitivo a livello architettonico;

- unica fase, due gradi: nel primo grado si acquisiscono le proposte ideative e nel secondo grado, a cui partecipano tutti i concorrenti, il progetto di fattibilità tecnica ed economica;
- due fasi, due gradi: prima si acquisiscono le proposte ideative e poi il progetto di fattibilità tecnica ed economica; infine nella seconda fase si acquisisce il progetto definitivo a livello architettonico.

I progetti devono essere valutati da una commissione giudicatrice composta con le stesse regole previste per il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo per i lavori; poiché i partecipanti devono avere la particolare qualifica professionale prevista per i progettisti, almeno un terzo dei membri della commissione deve possedere la stessa qualifica o una qualifica equivalente.

In particolare i concorrenti ed i componenti della commissione giudicatrice non devono trovarsi in situazioni di incompatibilità e di astensione previste agli artt. 77 c. 6 e 78 Codice.

La particolarità del concorso di progettazione è che la fase di valutazione deve avvenire rispettando l'anonimato dei partecipanti, sino alla conclusione dei lavori della commissione. Questo mal si concilia con la necessità che i partecipanti non si trovino in condizioni di incompatibilità con i commissari. È quindi bene che la composizione della Commissione sia indicata già nel bando (come espressamente previsto nell'Allegato XIX) così non vi sono problemi di incompatibilità: chi partecipa sa già se vi sono cause di incompatibilità o meno con i commissari. Nel caso invece non si renda nota la composizione della Commissione se, all'apertura delle buste contenenti il nominativo dei concorrenti primi tre graduati, risultasse un nominativo incompatibile con uno o più dei membri della commissione giudicatrice, tale concorrente va escluso. Tale esclusione non dà luogo ad alterazione dei risultati della gara, salvo ad ipotizzare fattispecie di rilievo penale, in cui un concorrente partecipi in violazione del divieto, non allo scopo di vincere il concorso, ma al fine di alterare il gioco dei coefficienti in favore di altri (C.d.S. n. 458/2007).

Occorrono poi alcuni accorgimenti per ricondurre gli elaborati al relativo concorrente, quali l'utilizzo di un codice. Queste operazioni possono essere svolte dalla commissione istruttoria (anche se non più prevista dalla normativa).

Il principio dell'anonimato non è assoluto ma relativo; la necessità di rispettare l'anonimato viene meno se la commissione si avvale della facoltà pre-

vista all'art. 155, c. 5 del Codice: nel caso la Commissione abbia la necessità di convocare il concorrente per rispondere a quesiti necessari per chiarire alcuni aspetti del progetto, può avviare un dialogo con il partecipante. Anche in questo caso occorre redigere un verbale (completo) del dialogo tra la commissione e i candidati.

La commissione giudicatrice opera con autonomia di giudizio (art. 155 Codice); tale precisazione, per avere un significato diverso da quello pleonastico, può essere interpretata come: "indipendente dall'attività e dalle conclusioni della commissione istruttoria".

L'attività della commissione viene disciplinata minuziosamente.

2. Il concorso di idee

Il concorso di idee è finalizzato all'acquisizione di una proposta ideativa; si distingue da quello di progettazione in quanto non possono essere richiesti elaborati di livello pari o superiore a quello del progetto (preliminare) di fattibilità tecnico economica. Al concorso di idee possono partecipare anche i lavoratori subordinati abilitati all'esercizio della professione e iscritti all'ordine professionale, nel rispetto delle norme che regolano il rapporto di impiego, con esclusione dei dipendenti della S.A che bandisce il concorso. Il termine di presentazione della proposta deve essere stabilito in relazione all'importanza e complessità del tema e non può essere inferiore a 60 giorni dalla pubblicazione del bando. Pare che in questo caso sia obbligatoria la previsione di premi, il cui importo deve essere congruo. L'idea o le idee premiate sono acquisite in proprietà dalla S.A e, previa eventuale definizione degli aspetti tecnici, possono essere poste a base di un concorso di progettazione o di un appalto di servizi di progettazione; a detta procedura sono ammessi a partecipare i premiati qualora in possesso dei relativi requisiti soggettivi. La S.A può affidare al vincitore del concorso di idee la realizzazione dei successivi livelli di progettazione, con procedura negoziata senza bando, a condizione che detta facoltà sia stata esplicitata nel bando, e che il soggetto sia in possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economica previsti nel bando in rapporto ai livelli progettuali da sviluppare.

Cap. XVII Delle modalità di estinzione del contratto diverse dall'adempimento

Il contratto dovrebbe estinguersi a seguito dell'adempimento, ossia dell'esecuzione dell'opera. Ma, come per tutti i contratti, vi possono essere modalità di estinzione diverse dall'adempimento.

1. La risoluzione del contratto (art. 108 Codice)

La P.A ha in questi casi una posizione di supremazia, che deroga al generale divieto di autotutela (il titolare di una pretesa non può conseguire la sua realizzazione se non dopo averla fatta riconoscere dall'autorità giudiziaria) vigente nel diritto privato: la P.A ha il potere di risolvere il contratto anche fuori dei casi previsti dal codice civile, di estromettere l'appaltatore dal cantiere, di disporre l'esecuzione d'ufficio in caso di mancato rispetto del termine assegnato. Infatti la P.A può procedere all'esecuzione coattiva del proprio provvedimento, anche nel caso di resistenza dell'appaltatore, senza necessità di rivolgersi agli organi esecutivi, e può procedere al riappalto delle opere non eseguite in danno dell'appaltatore. Tale deroga trae la sua giustificazione nella necessità di provvedere alle esigenze dell'interesse pubblico di cui la P.A è portatrice ed impedire i danni che dall'osservanza del diritto comune potrebbero derivare, a tutela del prevalente interesse pubblico alla pronta e regolare esecuzione dell'opera. Da ciò ne consegue la possibilità del controllo giurisdizionale solo a posteriori e il rovesciamento della posizione delle parti: non è la P.A che deve adire il giudice ordinario per far dichiarare la risoluzione del contratto ma è il privato che deve agire contro il provvedimento di risoluzione. L'appaltatore può fare valere l'illegittimità del provvedimento di risoluzione del contratto (ad esempio perché pronunciato al di fuori dei casi previsti o per inadempimenti tali da non giustificare la grave misura, perché manca la colpa dell'appaltatore, perché le inadempienze lamentate non sussistono o perché non sono state osservate le formalità essenziali previste dalla normativa) solo dinanzi al giudice ordinario (C.d.S. n. 258/1999). Il giudice (ordinario) non può poi annullare l'atto di risoluzione, anche se illegittimo, e perciò obbligare l'amministrazione a proseguire il rapporto di appalto risolto; egli può solo disapplicare il provvedimento di risoluzione ritenuto illegittimo e quindi condannare la P.A al risarcimento del danno prodotto a seguito della risoluzione.

L'art. 108 Codice prende in considerazione una serie di ipotesi di risoluzione del contratto. Le cause di risoluzioni del contratto possono distinguersi da un lato in facoltative e obbligatorie e dall'altro tra quelle imputabili all'operatore economico o meno. Ai sensi dell'art. 83 c. 10 Codice, della risoluzione per fatto dell'operatore economico si terrà conto per definire i requisiti reputazionali alla base del rating di impresa. Per determinare il rating di impresa l'ANAC tiene conto anche del rating di legalità. Quest'ultimo può essere richiesto dalle imprese operanti in Italia, iscritte al registro delle imprese da almeno due anni e con un fatturato minimo pari ad almeno due milioni di euro; viene rilasciato dall'AGCM (vedi da ultimo la delibera 13/7/2016 n. 26166).

Nel caso di risoluzione del contratto l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento di quanto eseguito regolarmente. Nei casi previsti dai successivi paragrafi 2 e 3 (grave inadempimento o irregolarità e grave ritardo oppure reati accertati e decadenza attestazione SOA per falsità) si ritiene debba essere applicata la decurtazione degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto, ivi compreso il maggior onere sostenuto per affidare ad altra impresa i lavori se l'istituto dell'interpello non ha buon esito. La S.A può infatti chiedere ai concorrenti che hanno partecipato alla gara originaria (interpello) di stipulare un nuovo contratto per eseguire i lavori residui, alle stesse condizioni proposte dall'originario appaltatore. L'interpello avviene in ordine, a partire dal primo in graduatoria (escluso l'appaltatore originario) fino ad arrivare al quinto. L'interpello rientra nel genus delle procedure di affidamento quindi occorre applicare l'art. 80 Codice (C.d.S. 3578/2016). All'impresa che subentra non possono essere riconosciuti oneri di frammentazione miranti a compensare i maggiori costi sostenuti che derivano dall'eseguire una prestazione già in parte eseguita rispetto all'originaria offerta (C.d.S. 3573/2016).

Nei casi di risoluzione del contratto l'appaltatore deve provvedere al ripiegamento del cantiere e allo sgombero delle aree nel termine fissato dalla S.A; questa disposizione è molto utile perché permette alla S.A di entrare subito in possesso delle aree. In alternativa all'esecuzione di eventuali provvedimenti giurisdizionali cautelari, possessori o d'urgenza comunque denominati che inibiscono o ritardano il ripiegamento dei cantieri o lo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze, la S.A può depositare cauzione in conto vincolato a favore

dell'appaltatore o prestare fideiussione bancaria o polizza assicurativa con le modalità della garanzia provvisoria, pari all'1% del valore del contratto (art. 108 c. 9 Codice). Resta fermo il diritto dell'appaltatore di agire per il risarcimento dei danni.

1.1. La risoluzione del contratto per fatti sopravvenuti (art. 108 c. 1 Codice)

Il primo comma dell'art. 108 prende in considerazione una serie di cause che rendono possibile (facoltativa) la risoluzione del contratto, che si possono considerare esterne alle parti:

- a) il contratto ha subito una modifica sostanziale durante il periodo di efficacia, che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto;
- b) si rendono necessari affidamenti di lavori supplementari che superano i limiti consentiti (50% del valore del contratto iniziale);
- c) si rendono necessarie varianti in corso d'opera che superano i limiti consentiti (50% del valore del contratto iniziale);
- d) si rendono necessarie modifiche non sostanziali che superano i limiti stabiliti nei documenti di gara;
- e) si rendono necessarie varianti, anche determinate da errore progettuale, di importo superiore alla soglia comunitaria oppure al 10% per forniture e servizi o il 15% per i lavori del valore iniziale del contratto;
- f) l'aggiudicatario al momento dell'aggiudicazione non era in possesso dei requisiti generali (art. 80 per appalti e concessioni nei settori ordinari, art. 136 per i settori speciali);
- g) l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE;
- h) protratta sospensione dell'esecuzione del contratto per ragioni di necessità o di pubblico interesse: qualora i lavori siano sospesi per un tempo che supera il quarto del tempo complessivo contrattuale (anche per effetto di più sospensioni e riprese), o comunque i 6 mesi, l'appaltatore può richiedere la risoluzione del contratto senza indennità. Al fine di evitare che l'appaltatore sia costretto a prolungare indefinitamente l'organizzazione del cantiere, se la S.A si oppone allo scioglimento l'appaltatore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della

sospensione oltre i termini suddetti. Fintanto che l'appaltatore non effettua tale richiesta egli non avrà diritto né alla risoluzione del contratto né alla rifusione dei maggiori oneri. Nel caso l'Amministrazione accolga la richiesta dell'appaltatore di risolvere il contratto, l'Amministrazione dovrà pagare i lavori regolarmente eseguiti, senza riconoscimento di alcun indennizzo. Infatti si parte dal presupposto che la sospensione sia stata legittimamente esercitata, quindi non è imputabile all'appaltatore ma neanche alla P.A. Conformemente al principio enunciato al comma 2, dell'art. 107 Codice la sospensione dei lavori, qualunque ne sia la causa (purché legittima), non comporta alcun compenso o indennizzo a favore dell'appaltatore.

Quelle elencate sopra sono risoluzioni di carattere facoltativo, perché richiedono la volontà di una delle due parti.

Il Correttivo ha aggiunto che non si applica il termine previsto dall'art. 21-nonies L. 241/1990 ossia il termine di 18 mesi nei casi di annullamento d'ufficio, ossia a seguito di un atto illegittimo.

1.2. La risoluzione del contratto in danno all'appaltatore per grave inadempimento o irregolarità oppure per grave ritardo (art. 108 c. 3 Codice)

È principio del diritto comune che, quando l'appaltatore si rende colpevole di grave inadempimento, irregolarità o ritardo, l'appaltante può richiedere la risoluzione del contratto in danno alla parte inadempiente. L'art. 1662 del c.c. prevede infatti che, quando nel corso dell'appalto si accerta che l'esecuzione del contratto d'appalto non procede secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d'arte, il committente può fissare un congruo termine entro il quale l'appaltatore si deve conformare a tali condizioni; trascorso inutilmente il termine stabilito, il contratto è risolto, salvo il diritto del committente al risarcimento del danno. Naturalmente non tutti gli inadempimenti possono giustificare la risoluzione del contratto. Possono giustificare la risoluzione del contratto solo quegli inadempimenti che per la loro frequenza, modalità e reiterazione costituiscono violazione dei principi di correttezza e buona fede che sempre devono ispirare il comportamento delle parti nell'esecuzione del contratto. Tale violazione dei doveri professionali nell'esecuzione delle obbligazioni relative al rapporto contrattuale deve essere di una gravità tale da escludere l'affidabilità del contraente. Il concetto normativo di violazione dei doveri professionali abbraccia un'ampia gamma

di ipotesi, riconducibili alla negligenza, all'errore ed alla malafede.

La risoluzione disciplinata dal Codice all'art. 108 per i lavori pubblici si differenzia dall'istituto previsto all'art. 1662 del c.c. in quanto per avere diritto alla risoluzione del contratto ex art. 108 occorre che il grave inadempimento/irregolarità comporti un pericolo per la buona esecuzione dei lavori; non è quindi ammissibile nel caso di inadempimenti che, pur essendo gravi, non si riflettono sulla buona esecuzione dell'opera, quali possono essere il mancato pagamento dei subappaltatori oppure il mancato versamento dei contributi previdenziali; in tali casi la P.A. può esperire la risoluzione del contratto ex art. 1662 c.c. (previa diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c.) ma non la risoluzione ex art. 108 Codice. Anche il ritardo nell'esecuzione dei lavori costituisce un inadempimento e pertanto questa ipotesi rientra concettualmente in quella più generale della risoluzione per inadempimento dell'appaltatore. Tuttavia il Codice detta una disciplina specifica per tale procedimento. Il nuovo Codice non specifica che il ritardo deve essere grave (come invece era previsto in vigore del vecchio Codice): in caso di ritardo il DL assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, entro i quali l'appaltatore deve eseguire le prestazioni. Scaduto il termine assegnato, e redatto processo verbale in contraddittorio con l'appaltatore, qualora l'inadempimento permanga, la S.A. risolve il contratto, fermo restando il pagamento delle penali. Nel caso di risoluzione del contratto per grave ritardo dell'esecutore, l'ammontare della penale per ritardo è calcolato per il periodo determinato dalla somma del ritardo accumulato dall'esecutore rispetto al programma esecutivo dei lavori presentato dall'esecutore stesso ed il termine assegnato dal DL per compiere i lavori.

Abbiamo evidenziato, in apertura paragrafo, che la procedura di risoluzione del contratto ex art. 108 del Codice è istituto eccezionale. Proprio perché istituto che deroga al principio generale di divieto di autotutela, le norme del Codice introducono una dettagliata disciplina del procedimento, assicurando il rispetto dei principi di trasparenza, partecipazione, tutela e garanzia del contraddittorio (contestazione degli addebiti, assegnazione di termini per replicare, valutazione delle controdeduzioni, formalità per il provvedimento di risoluzione) che portano ad instaurare un procedimento di evidenza pubblica disciplinato agli artt. 108 cc. 3 e 4 Codice.

1.3. *La risoluzione per decadenza dell'attestazione di qualificazione SOA per falsità e per reati accertati (art. 108 c. 2 Codice)*

La risoluzione è obbligatoria nei seguenti casi:

- a) nei confronti dell'appaltatore è intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci; in questo caso può essere che l'esecutore non fosse in possesso dei requisiti richiesti per l'affidamento;
- b) nei confronti dell'appaltatore è intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, ovvero è intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'articolo 80 Codice.

2. *Il recesso unilaterale (art. 109 Codice, art. 48 Codice)*

Si ha il recesso quando lo scioglimento del contratto trae origine unicamente dalla volontà dell'Amministrazione di porre fine al contratto (non si capisce il riferimento agli artt. 88 c. 4-ter e 92 c. 4 D.Lgs. 159/2011 che dovrebbero essere già ricompresi più correttamente nel paragrafo 1.3, lett. b). La S.A. può recedere dal contratto in qualunque momento, dandone formale comunicazione all'appaltatore con un preavviso non inferiore a 20 giorni; dopodiché la S.A. prende in consegna i lavori ed effettua il collaudo definitivo. Quale atto unilaterale non deve essere accettato dall'appaltatore, anche se per essere efficace deve essere portato a sua conoscenza.

Il codice civile all'art. 1671 ammette in via generale la possibilità da parte del committente di recedere dal contratto di appalto purché tenga indenne l'appaltatore dalle spese sostenute, dai lavori eseguiti e dal mancato guadagno. Nell'ambito dei lavori pubblici il recesso viene disciplinato dall'art. 109 Codice stabilendo quale deve essere il procedimento che l'Amministrazione deve seguire e il calcolo dell'importo da riconoscere all'appaltatore; importo lavori eseguiti, valore dei materiali utili esistenti in cantiere già accettati dal DL prima della comunicazione di recesso, e decimo dell'importo delle opere non eseguite (calcolato sulla differenza tra i quattro quinti dell'importo contrattuale e l'ammontare netto dei lavori eseguiti). La S.A. può anche trattenere le opere provvisorie e gli impianti non asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili, corrispondendo l'importo

minore fra il costo di costruzione e il valore al momento del recesso.

Casi particolari di recesso obbligatorio da parte della S.A si hanno nei casi previsti dall'art. 48 cc. 17 e seguenti Codice (fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia).

Cap. XVIII

L'Amministrazione diretta - i lavori in economia - la somma urgenza

Manca nel nuovo Codice qualsiasi riferimento ai lavori in economia, che devono quindi essere considerati superati (per lo meno il cottimo fiduciario autonomo) ed è rimasta solamente l'amministrazione diretta; residuano inoltre alcuni articoli nel Regolamento che andremo ad esplorare. I lavori in economia sono sempre stati pensati per lavori semplici, che non richiedono una progettazione complessa e di piccolo importo. Però molte volte il sistema dei lavori in economia, contro la sua originaria declinazione, è stato impiegato per l'esecuzione di opere anche notevoli.

Anche i lavori di somma urgenza, che nella legislazione previgente ricadevano nel genus dei lavori in economia, sono stati estrapolati per avere una loro disciplina autonoma.

1. L'Amministrazione diretta (art. 36 Codice)

Si parla di Amministrazione diretta all'art. 3 c. 1 lett. gggg) Codice: le acquisizioni effettuate dalle stazioni appaltanti con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento. È l'unico caso in cui la P.A esegue i lavori internamente. L'Amministrazione provvede direttamente al compimento di un lavoro a mezzo di un proprio ufficio il quale, volta a volta, assume la manodopera oppure impiega operai dipendenti dalla stessa Amministrazione, o assunto per l'occasione, acquista i materiali, utensili e mezzi propri o appositamente

noleggiati e gestisce il lavoro, sotto la direzione del RUP. Con l'amministrazione diretta la P.A si fa essa stessa impresa, sostituendosi così alle imprese terze; è ipotizzabile esclusivamente per operazioni di tipo minimale, in quanto l'Ente deve sopportare un consistente sforzo organizzativo e maggiore è la responsabilità dei funzionari pubblici durante l'esecuzione dei lavori. Per tali motivi i lavori assunti in amministrazione diretta sono ammessi per importi non superiori a 150.000 euro.

2. I lavori in economia contemplati nel contratto di appalto (art. 179 Regolamento)

Si parla di lavori in economia quali lavori contemplati nel contratto di appalto e che l'Amministrazione si riserva di fare eseguire all'appaltatore. La possibilità di eseguire in economia, nel senso suddetto, lavori relativi ad un'opera in corso di esecuzione è prevista dall'art. 329 della legge sulle opere pubbliche, legge n. 2248/1865 (non abrogata dal Codice). In un medesimo contratto si possono comprendere opere da eseguirsi a corpo, a misura e in economia. Anche l'art. 32 Regolamento prevede che nel contratto d'appalto possano essere compresi lavori in economia. Sono quelli che secondo la Commissione UE costituiscono riserve per imprevisti per far fronte alle normali variazioni, da specificare all'interno del contratto.

Questi lavori in economia sono già contemplati nel contratto d'appalto relativo ai lavori principali, e quindi non richiedono la necessità di un ulteriore contratto; naturalmente il compenso sarà corrisposto all'appaltatore solo se la prestazione è poi effettivamente richiesta dalla S.A durante l'esecuzione dei lavori principali. La richiesta di eseguire tali lavori è rimessa all'apprezzamento del DL, a seconda delle esigenze che vengono a riscontrarsi. L'appaltatore è a conoscenza dell'importo dei lavori in economia già dal momento della stipula del contratto di appalto proprio perché sono in esso previsti e quantificati. L'art. 179 Regolamento, *inserito all'interno del capitolo inerente alla contabilità dei lavori in appalto*, prevede che i lavori in economia a termini di contratto non danno luogo ad una valutazione a misura, ma sono inseriti nella contabilità secondo i prezzi di elenco per l'importo delle somministrazioni al lordo del *ribasso d'asta*, per quanto riguarda i materiali; per quanto riguarda la manodopera, trasporti e noli, sono liquidati secondo le tariffe locali vigenti al momento dell'esecuzione dei lavori incrementato di spese generali

ed utili e con applicazione del ribasso d'asta esclusivamente su questi ultimi due addendi. Questa disposizione, unitamente alla previsione di un ribasso d'asta (che rimanda quindi ad una procedura di gara aperta o ristretta) conferma che si sta facendo riferimento proprio ai lavori in economia all'interno di un contratto di appalto. A questo punto rimane da capire qual è la differenza dei lavori in economia rispetto ai lavori in appalto, in special modo con quelli a misura: l'appaltatore non ha alcun diritto di eseguire i lavori in economia, i quali verranno corrisposti solo se e nella misura in cui la P.A. li fa eseguire. Per quanto riguarda i lavori in appalto invece l'appaltatore ha diritto di eseguirli, almeno fino all'importo dei quattro quinti, e conseguentemente ha il diritto al risarcimento danni se la S.A. non li fa eseguire. Inoltre per i lavori in appalto contabilizzati a misura si applicano i prezzi, fissi ed invariabili, stabiliti al momento di stipula del contratto mentre per i lavori in economia valgono le regole sopra illustrate. Tali lavori in economia sono disciplinati all'interno della contabilità dei lavori che, ai sensi dell'art. 216 c. 17 Codice, sono ancora in vigore.

3. *Il cottimo fiduciario derivato (art. 16 Regolamento)*

Di lavori in economia se ne parlava infine, facendo riferimento ad un contratto di appalto in corso di esecuzione, come sistema di esecuzione di categorie di lavoro già previste nel progetto ma non comprese nel contratto, per le quali l'Amministrazione, nel contratto di appalto dei lavori principali, si riserva la facoltà di richiederne l'esecuzione allo stesso appaltatore il quale, in tal caso, è obbligato a procedervi in base ai prezzi all'uopo fissati in contratto. Danno luogo alla stipulazione di un contratto ulteriore e si parla in questo caso di cottimo fiduciario derivato. Questi creano un rapporto accessorio rispetto all'appalto. Il principio che vige in materia di tali lavori in economia è che l'obbligo dell'appaltatore di fornire le relative prestazioni sorge solo con la richiesta dell'Amministrazione. Non sussiste un diritto dell'appaltatore all'esecuzione di queste prestazioni. L'art. 42 Regolamento stabilisce che l'accantonamento per imprevisti e per eventuali lavori in economia non può essere superiore al 10%: ecco introdotto il limite quantitativo al cottimo fiduciario derivato, necessario per non esporre l'appaltatore a richieste esagerate da parte dell'Amministrazione.

Gli articoli 16 e 42 Regolamento non sono stati ancora abrogati dal nuovo Codice; tuttavia può essere dubbia la loro proroga.

4. *I lavori di somma urgenza (art. 163 Codice)*

Nel caso di somma urgenza che non consente alcun indugio, il RUP oppure il tecnico (chi dei due si reca prima sul posto) può disporre, contemporaneamente alla redazione del verbale in cui sono indicati i motivi dello stato di urgenza, le cause che lo hanno provocato ed i lavori necessari per rimuoverlo, la immediata esecuzione dei lavori entro il limite di 200.000 euro o comunque di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità (oppure, nella misura strettamente necessaria, per un periodo temporale limitato non superiore a 30 giorni e comunque mai superiore alla soglia comunitaria). La somma urgenza va letta come conseguenza di eventi di calamità naturali o ragionevole previsione dell'imminente verificarsi di tali eventi, tali da distinguerli dalla "estrema urgenza" che è disciplinata dall'art. 63 c. 2 lett. c) Codice. La circostanza di somma urgenza è ritenuta persistente finché non risultano eliminate le situazioni dannose o pericolose e comunque per un termine non superiore a 15 giorni dall'insorgere dall'evento ovvero entro il termine stabilito dalla declaratoria dello stato di emergenza.

L'esecuzione dei lavori può essere affidata direttamente ad una o più imprese individuate dal RUP o dal tecnico, definendo consensualmente il prezzo delle prestazioni. Se manca l'accordo la S.A. può ingiungere ugualmente la esecuzione dei lavori sulla base dei prezzi ufficiali di riferimento ridotti del 20%; se l'esecutore non concorda deve iscrivere riserva nella contabilità. Per le forniture e servizi, in mancanza di prezzi ufficiali di riferimento il prezzo provvisorio viene comunicato all'ANAC che entro 60 giorni rende il proprio parere sulla congruità del prezzo e nel frattempo viene pagato il 50% del prezzo provvisorio.

Entro 10 giorni dall'ordine di esecuzione dei lavori il RUP (o il tecnico) compila una perizia giustificativa degli stessi e la trasmette, unitamente al verbale di somma urgenza, alla Giunta, che la sottopone all'organo consiliare entro 20 giorni, ai sensi dell'art. 191 D.Lgs. n. 267/2000, nel caso manchi la necessaria copertura finanziaria; il Consiglio deve deliberare entro 30 giorni (e comunque entro il 31 dicembre).

Anche nel caso di somma urgenza le imprese che eseguono i lavori devono autocertificare il possesso dei requisiti e poi vanno sottoposte a verifica entro un termine congruo e comunque non superiore a 60 giorni; il pagamento è subordinato alla positiva verifica dei requisiti. Qualora sia poi accertato il mancato possesso dei requisiti la S.A recede dal contratto pagando il valore delle opere già eseguite ed il rimborso delle spese eventualmente già sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite e alla segnalazione all'ANAC.

Gli atti devono essere trasmessi all'ANAC, in termine congruo con lo stato di emergenza.

Cap. XIX

La concessione di lavori pubblici e gli appalti di lavori affidati a terzi dai concessionari di lavori pubblici

Secondo il Codice (art. 3 c. 1 lett. da uu) a bbb), eee), fff), ppp); art. 31 c. 13, art. 108 artt. 164-178) la concessione di lavori è un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere; tale prezzo può consistere nella cessione di immobili strumentali o connessi all'opera da realizzare e che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico e perciò sono stati inseriti nel programma triennale. Ai sensi dell'art. 165 c. 1 Codice, nelle concessioni la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Ai soli fini del raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario in sede di gara l'A.A può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili, di valore non superiore al 49% (prima del Correttivo era il 30%) del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari. Possono essere pertanto oggetto di concessione solamente le cosiddette "opere calde" oppure "opere tiepide" ossia opere suscettibili di sfruttamento economico in quanto destinate ad erogare servizi ai cittadini, mentre le "opere fredde" ossia le opere destinate alla utilizzazione diretta della P.A, in quanto funzionali

alla gestione di servizi pubblici, rientrano negli altri contratti di PPP (e sempre a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico - finanziaria della gestione dell'opera).

Nel quadro del diritto comunitario la concessione si distingue dall'appalto non per il titolo autoritativo o provvedimento dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al privato. Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sostanzialmente sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone, tariffa o diritto, si ha concessione: è la modalità di remunerazione quindi il tratto distintivo (C.d.S. n. 3377/2011).

Per rischio operativo (art. 3, c. 1 lett. zz) si intende il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali (ossia se non sussistono eventi non prevedibili), non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile. Sulla determinazione del confine tra condizioni operative normali e avvenimento straordinario ed imprevedibile si richiama la interessante sentenza C.d.S. n. 3653/2016: l'alea normale del contratto è tanto più immanente (come ipotesi "normale" e/o prevedibile) quanto più ampio è il tempo di gestione contrattualmente previsto; fenomeni chiaramente connessi all'andamento economico del mercato, pur se negativi e perduranti, non possono essere definiti straordinari, dovendosi dare per possibile un andamento negativo dell'economia nel medio/lungo periodo e, dunque, un calo della domanda.

Lo scopo della concessione è quello di fare rientrare il concessionario degli investimenti effettuati tramite gli introiti che derivano dalla gestione. Va da sé quindi che fulcro dell'operazione è il Piano Economico - Finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto; tale PEF deve far parte dell'offerta presentata in gara e conseguentemente riportato

in contratto. Il PEF rappresenta e definisce i ricavi attesi ed i relativi flussi di cassa in rapporto ai costi di gestione stimati; è l'insieme degli studi e delle analisi che consentono una valutazione preventiva della fattibilità finanziaria del progetto ed il disegno delle modalità di reperimento dei fondi necessari in relazione al profilo di rischio dell'operazione, per tutta la durata della stessa. Il PEF deve dimostrare la capacità del concorrente di eseguire correttamente la prestazione (la gestione del servizio) per tutta la durata della concessione.

Per la direttiva europea la concessione ha di regola durata non superiore a cinque anni, periodo stimato congruo per la gestione e per gli investimenti sull'opera e che, d'altra parte, non determina diritti assoluti e indeterminati a favore del concessionario; tuttavia tale periodo può andare oltre, per assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario di cui si dirà in seguito. Per la legislazione nazionale se la durata è superiore a 5 anni la durata massima deve essere comunque limitata e fissata nel bando, in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario.

Nell'art. 143 c. 7 del vecchio Codice era previsto che il PEF potesse prevedere la specificazione del valore residuo degli investimenti, al netto degli ammortamenti annuali, anche prevedendo un corrispettivo per tale valore residuo al termine della concessione; nel nuovo Codice questa disposizione non è stata riprodotta. Solo per le concessioni autostradali l'art. 178 c. 7 Codice prevede che: *“il concessionario uscente ha diritto ad un indennizzo di tali poste dell'investimento, da parte del subentrante, pari al costo effettivamente sostenuto, al netto degli ammortamenti, dei beni reversibili non ancora ammortizzati come risultante dal bilancio di esercizio alla data dell'anno in cui termina la concessione, e delle variazioni eseguite ai fini regolatori. L'importo del valore di subentro è a carico del concessionario subentrante”*. Questa possibilità vale sicuramente per i contratti di PPP, mentre per le concessioni pare che la durata dovrebbe essere parametrata al periodo di recupero degli investimenti effettuati per lo svolgimento dell'attività e quindi, al termine della concessione, il valore degli investimenti già impiegati dal concessionario deve essere completamente ammortizzato (vedi periodo precedente in merito alla durata della concessione). La forma dubitativa è d'obbligo perché la direttiva 2014/23/UE al considerando 52 prevede che la durata, se va oltre i 5 anni, non deve superare il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti

effettuati e dovrebbe sempre essere possibile aggiudicare una concessione per un periodo più breve di quello necessario per recuperare gli investimenti, a condizione che la corrispondente compensazione non elimini il rischio operativo.

Il valore della concessione è calcolato sulla base del fatturato totale (al netto dell'IVA) quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi. Il calcolo avviene tenendo in considerazione in particolare i seguenti elementi (art. 167 Codice):

- a) il valore di eventuali forme di opzione ovvero di altre forme comunque denominate di protrazione nel tempo dei relativi effetti;
- b) gli introiti derivanti dal pagamento, da parte degli utenti dei lavori e dei servizi, di tariffe e multe diverse da quelle riscosse per conto dell'A.A o dell'ente aggiudicatore;
- c) i pagamenti o qualsiasi vantaggio finanziario conferito al concessionario, in qualsivoglia forma, dall'A.A o dall'ente aggiudicatore o da altre amministrazioni pubbliche, incluse le compensazioni per l'assolvimento di un obbligo di servizio pubblico e le sovvenzioni pubbliche di investimento;
- d) il valore delle sovvenzioni o di qualsiasi altro vantaggio finanziario in qualsivoglia forma conferiti da terzi per l'esecuzione della concessione (si vedano in proposito la sentenza C.d.S. n. 4343/2016 e la delibera ANAC n. 1086/2016);
- e) le entrate derivanti dalla vendita di elementi dell'attivo facenti parte della concessione;
- f) il valore dell'insieme delle forniture e dei servizi messi a disposizione del concessionario dalle AA.AA o dagli enti aggiudicatori, purché siano necessari per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi;
- g) ogni premio o pagamento o diverso vantaggio economico comunque denominato ai candidati o agli offerenti.

È necessario che il valore della concessione venga stimato dall'amministrazione e inserito nel bando (sebbene possa essere difficoltoso per la S.A perché sono ricavi che provengono interamente dagli utenti e non da chi bandisce la gara) in quanto assume rilievo sotto molteplici aspetti: fornire una corretta informazione agli operatori economici potenzialmente interessati a prestare il servizio, determinare il tipo di procedura di affidamento (di rilevanza co-

munitaria se pari o superiore a 5.225.000 €), entità delle cauzioni e del contributo dovuto all'ANAC.

In conclusione la stima del valore della concessione deve essere ragguagliato al fatturato, e non solo al canone concessorio pagato dalla PA; di qui la necessità di stimare tale importo e portarlo a conoscenza di tutti i concorrenti (C.d.S. nn. 748/2017, 2411/2017 e 2926/2017). La mancanza di tale valore lede la possibilità di formulare un'offerta corretta, completa, consapevole e ponderata nonostante l'amministrazione abbia fornito ogni altro elemento in suo possesso. Né può addursi a giustificazione di tale omissione la circostanza che non sarebbe stato espressamente previsto nella gestione del precedente rapporto concessorio alcun elemento utile a far emergere il dato del fatturato generato, trattandosi all'evidenza non di una impossibilità assoluta, bensì eventualmente di una mera difficoltà operativa dell'amministrazione in ordine ai rapporti col precedente gestore in mancanza di alcuna prova che l'Amministrazione abbia in qualche modo provato di aver chiesto al precedente gestore e questi abbia rifiutato tale dato fondamentale o che lo stesso gestore si sia rifiutato ingiustificatamente di fornirlo. In questo caso va impugnato il bando e non l'aggiudicazione, anche in mancanza di partecipazione alla gara.

Più favorevole all'Amministrazione sono le seguenti sentenze:

- C.d.S. n. 2781/2017: pur dovendosi convenire con l'affermazione che la conoscenza del fatturato ricavabile è elemento importante per la formulazione di una offerta adeguatamente consapevole, e che la SA sia tenuta a rendere pubblico tale dato, si deve ad ogni modo ammettere che tale obbligo grava sull'Amministrazione solo se essa ne sia in possesso, mentre non ne può essere gravata quando non ne abbia conoscenza. Così se l'unico dato che l'Amministrazione mette a disposizione sia quello relativo ai canoni pagati dal precedente gestore così come quest'ultimo li abbia forniti, ovvero il fatturato globale costituito da diverse attività, e quindi evidentemente del tutto inutile alla predisposizione della proposta relativa alla singola gara, l'annullamento del bando di gara deve essere escluso poiché la SA ha fatto quanto era nelle sue possibilità per porre le imprese interessate alla stipula del contratto nelle migliori condizioni per formulare un'offerta seria. Ragionando in termini diversi la gara non potrebbe essere mai bandita, in quanto per l'indizione sarebbe condizionata a un adempimento impossibile;

- C.d.S. n. 4049/2017: il fatto che i concorrenti disponessero di tutti gli elementi volti a predeterminare la domanda del servizio (canone mensile a base d'asta, elenco delle sedi bibliotecarie, numero di visite da parte dell'utenza negli ultimi due anni) e che potessero indicare essi stessi i prezzi di vendita consentiva loro di poter determinare in modo del tutto consapevole il valore stimato della concessione, e che potessero, anzi, determinarlo in modo anche più preciso di quanto sarebbe stato possibile disponendo del dato relativo al fatturato connesso alla precedente gestione (dato che, comunque, non era in possesso del Comune).

1. *Le concessioni di lavori e le concessioni di servizi*

Della concessione di lavori si è già detto in apertura del capitolo.

È concessione di servizi (lett. vv) un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi. Tale differenziazione va ricercata nel tipo di nesso di strumentalità che lega la gestione del servizio alla realizzazione dell'opera. Qualora la gestione del servizio risulti strumentale alla costruzione dell'opera, in quanto permette il reperimento dei mezzi finanziari indispensabili per la sua realizzazione è concessione di lavori pubblici; quando invece l'esecuzione dei lavori, sotto i profili della manutenzione e della messa a punto di un'opera già esistente, risulti strumentale alla gestione di un servizio pubblico, è configurabile una concessione di pubblici servizi (C.d.S. 1600/2008 e 4795/2000). Se l'esecuzione dei lavori collegati alla gestione esclusiva del servizio presenta carattere accessorio rispetto all'oggetto principale della concessione non è concessione di lavori pubblici (CGE c-196/08). La concessione di lavori pubblici si distingue dalla concessione di servizi perché la prima configura una ipotesi di contratto misto ex lege, caratterizzato dall'unicità della causa, non rinvenibile nel secondo caso (C.d.S. n. 3653/2016).

La distinzione è importante nella fase esecutiva, infatti per l'affidamento e l'esecuzione degli appalti pubblici di lavori da parte del concessionario occor-

re distinguere se a monte si tratta di concessione di lavori o di servizi:

- nel caso di concessione di lavori agli appalti di lavori a valle si applica comunque il Codice (art. 1 c. 2 lett. c) Codice) se non si tratta di AA.AA (se si tratta di AA.AA si applica ugualmente in virtù del c. 1 art. 1 Codice); l'art. 164 c. 5 Codice limita l'applicazione alla parte III del Codice (ossia articoli che vanno dal 164 al 178) e le parti I e II Codice (art. 164 cc. 2 e 5);
- nel caso di concessione di servizi agli appalti di lavori a valle si applica il Codice (ad eccezione dell'art. 21 relativamente alla programmazione dei lavori pubblici e degli artt. 70 e 113 Codice) solo se i lavori sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'A.A (art. 1 c. 2 lett. d) Codice); in particolare per i lavori occorre l'attestazione SOA se il relativo importo è superiore a 150.000 euro (Delibera ANAC n. 1086/2016).

2. La società di progetto (art. 184 Codice)

Il bando di gara per l'affidamento di una concessione (anche in project financing) per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l'aggiudicatario ha la facoltà (oppure l'obbligo), dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile. Il bando di gara indica l'ammontare minimo del capitale sociale della società. In caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta è indicata la quota di partecipazione di ciascun soggetto al capitale sociale. La società così costituita diventa il concessionario subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro non costituisce cessione di contratto; per effetto del subentro la società di progetto diventa il concessionario a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente. Nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera da parte della P.A., i soci della società restano solidalmente responsabili con la società di progetto nei confronti dell'amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito. In alternativa, la società di progetto può fornire alla P.A. garanzie bancarie e assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera, liberando in tal modo i soci. Le suddette garanzie cessano alla data di emissione del certificato

di collaudo dell'opera. Il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società e a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. L'ingresso nel capitale sociale della società di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento.

Gli artt. 185 e 186 Codice disciplinano gli aspetti finanziari della suddetta società; sono previste agevolazioni nel trattamento fiscale per i project bond (obbligazioni di progetto).

3. Le procedure di affidamento

Per concessione si intende anche il contratto finale che si andrà a stipulare. Questo può essere il risultato di un progetto preliminare redatto dall'Amministrazione (nel caso della concessione classica e di una delle due tipologie di project financing) oppure redatto da soggetti privati (nell'altra tipologia di project financing). Si disciplina nel presente capitolo solamente la concessione classica; il project financing viene illustrato nel capitolo relativo al PPP. Anche la progettazione definitiva e la progettazione esecutiva possono essere redatte dall'Amministrazione oppure dal concessionario (art. 3 lett. uu) Codice).

Una volta redatto il progetto (preliminare), la S.A. indice una procedura aperta o ristretta per la scelta del concessionario. Non è contemplata la procedura negoziata senza bando ma questa deve ritenersi applicabile per le seguenti considerazioni:

- l'art. 164 rinvia alla Parte II, e quindi anche all'art. 63 c. 6 Codice;

- nell'allegato XXIII ("Informazioni da inserire negli avvisi di aggiudicazione di concessioni") al punto 6 è prevista la pubblicazione della motivazione nel caso di procedura negoziata senza bando.

Nei documenti di gara devono essere definiti i requisiti tecnici e funzionali dei lavori da eseguire o dei servizi da fornire oggetto della concessione (art. 170 Codice), nonché i requisiti minimi prescritti ossia le condizioni e le caratteristiche tecniche, fisiche, funzionali e giuridiche che ogni offerta deve

soddisfare o possedere. Il numero di candidati o di offerenti può essere limitato a un livello adeguato (sufficiente a garantire un'effettiva concorrenza), purché ciò avvenga in modo trasparente e sulla base di criteri oggettivi.

Interessante l'art. 166 Codice intitolato "Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche" secondo il quale le AA.AA sono libere di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto delle norme della Parte III ("contratti di concessione"). Esse sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi, per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Infatti l'art. 172 Codice non fissa requisiti di capacità tecniche e professionali né di capacità finanziaria ed economica, ma prevede genericamente che siano determinati tenendo conto dell'oggetto della concessione e dell'obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva e commisurati al valore e agli obiettivi dello stesso. È ammesso l'avvalimento; la responsabilità solidale opera solo se richiesta dalla S.A.

La gara si svolge secondo i criteri stabiliti all'art. 173 Codice, che richiama l'art. 30 relativo ai principi di affidamento (economicità, proporzionalità e pubblicità). Per quanto riguarda gli elementi di valutazione devono essere elencati in ordine decrescente di importanza (non è necessario indicare il fattore di ponderazione); tale ordine può essere modificato in caso di presentazione di soluzioni straordinariamente innovative.

Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione, comprese eventualmente le offerte, è di trenta giorni dalla data di pubblicazione del bando. Se la procedura si svolge in fasi successive, il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di ventidue giorni. Tali termini vanno aumentati in base alla complessità e al tempo necessario per preparare le offerte oppure se è prevista come obbligatoria la visita dei luoghi.

La stazione appaltante rende noti a tutti i partecipanti le modalità della procedura e un termine indicativo per il suo completamento. Le eventuali modifiche sono comunicate a tutti i partecipanti e, nella misura in cui riguardano elementi indicati nel bando di concessione, rese pubbliche per tutti gli operatori economici.

La stazione appaltante assicura la tracciabilità degli atti inerenti alle singole fasi del procedimento, con

idonee modalità, fatto salvo il rispetto delle disposizioni dell'articolo 53 (Accesso agli atti e riservatezza).

La stazione appaltante può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti. L'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non possono essere modificati nel corso delle negoziazioni.

Nella valutazione dell'offerta non è applicabile il principio già visto per gli appalti di netta separazione tra l'offerta economica e l'offerta tecnica. In questo caso il giudizio richiesto alla commissione sull'offerta economica è di carattere discrezionale al fine di valutare se la struttura dei costi per la realizzazione del servizio esposta nel PEF è in grado di soddisfare i sub-criteri di valutazione di coerenza, completezza e sostenibilità dell'offerta rispetto alle attività oggetto del contratto ed inoltre l'efficace ed efficiente impiego delle risorse. La rispondenza delle offerte a questi parametri, comportanti una sorta di anticipazione della verifica di congruità rispetto ad un valore economico predeterminato dall'amministrazione, non si traduce evidentemente in una valutazione effettuabile sulla base del mero riscontro documentale dei valori esposti nel PEF, ma richiede il necessario approfondimento di questo documento in combinato con l'offerta tecnica, al fine di accertare la coerenza complessiva del progetto proposto e la plausibilità delle relative grandezze finanziarie (C.d.S. 2530/2016).

Non vengono disciplinate le modalità di pubblicazione del bando: si può supporre che debba avvenire con le stesse modalità previste per i bandi sopra soglia oppure sotto soglia, a seconda dell'importo.

Per la realizzazione di impianti sportivi sono in vigore normative particolari (all'art. 1, c. 304 legge n. 147/2013 e art. 62 D.L. 50/2017).

Anche per l'affidamento delle concessioni si applicano i seguenti articoli del Codice già visti per gli appalti:

- 37 in merito alla aggregazione e centralizzazione della committenza;
- 50 in merito all'inserimento delle clausole sociali;
- 80 in merito ai requisiti di carattere generale che devono essere posseduti dai concorrenti alla gara;
- 108 in merito alla risoluzione del contratto per mancato possesso, al momento della gara, dei requisiti di cui all'art. 80 sopra citato.

Il contratto viene stipulato solo dopo l'approvazione del progetto definitivo (così aggiunto dal Corret-

tivo) e della presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera.

4. L'esecuzione

La novità del nuovo Codice è che disciplina anche la fase di esecuzione delle concessioni. In particolare, in analogia a quanto visto per gli appalti:

- all'art. 174 disciplina il subappalto;
- all'art. 175 disciplina la possibilità di modifiche contrattuali;
- all'art. 176 disciplina i casi di cessazione, revoca, risoluzione per inadempimento e, in aggiunta, il subentro.

Il legislatore è stato molto attento al finanziamento dell'opera ed ha introdotto diverse norme volte a disciplinare le conseguenze del mancato finanziamento (closing finanziario), arrivando perfino alla risoluzione del contratto.

Il RUP vigila sulla realizzazione dei lavori e verifica il rispetto delle prescrizioni contrattuali (art. 10, c. 1, lett. r, Regolamento). In questo compito è aiutato dal collaudatore in corso d'opera, la cui nomina è obbligatoria.

5. Il Subappalto (art. 174 Codice)

Analogamente a quanto avviene negli appalti i concorrenti devono indicare in sede di offerta le parti del contratto che intendono subappaltare a terzi. Non si considerano "terzi" le imprese raggruppate o consorziate per ottenere la concessione né le società collegate e i soci della società di progetto. Nel caso di concessione di importo di rilevanza comunitaria i concorrenti (diversi dalla microimprese, piccole e medie imprese) di una concessione per la quale non è necessaria una particolare specializzazione o per i quali sono presenti un elevato numero di operatori che svolgono dette prestazioni, devono indicare la terna di subappaltatori. I subappaltatori devono essere in possesso dei requisiti generali già previsti per gli appalti. È vietato il subappalto a cascata.

Si applicano le norme in materia di intervento sostitutivo in caso di irregolarità contributive o retributive e di coordinamento per la sicurezza previste per gli appalti (si rinvia).

Qualora la natura del contratto lo consenta, la S.A deve pagare direttamente i subappaltatori nei seguenti casi:

- il subappaltatore è una microimpresa o piccola impresa;

- l'appaltatore è inadempiente (si presume nei confronti del subappaltatore);

- su richiesta del subappaltatore.

Il pagamento diretto è subordinato alla verifica della regolarità contributiva e retributiva dei dipendenti del subappaltatore; in tal caso non opera l'obbligazione solidale.

6. Le modifiche contrattuali (art. 175 Codice)

Le modifiche al contratto sono ammesse nei seguenti casi:

a) a prescindere dal loro valore monetario, se erano espressamente previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili che fissino la portata, la natura delle eventuali modifiche, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate. Non è possibile la proroga della durata della concessione;

b) per affidare lavori o servizi supplementari che si sono resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale, ove un cambiamento di concessionario risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale e comporti per la S.A un notevole ritardo o un significativo aggravio dei costi;

c) se non alterano la natura generale della concessione e derivano da circostanze non prevedibili utilizzando l'ordinaria diligenza;

d) se, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali; la modifica non è sostanziale se è al di sotto della soglia comunitaria e al 10% del valore della concessione iniziale. Qualora non ricorrano tali condizioni, una modifica è considerata sostanziale se almeno una delle seguenti condizioni è soddisfatta:

1) la modifica introduce condizioni che, ove originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata, oppure avrebbero consentito una maggiore partecipazione alla procedura di aggiudicazione;

2) la modifica altera l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale;

3) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione.

Nel caso di più modifiche successive il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche.

Nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), per le concessioni aggiudicate dalle A.A allo scopo di svolgere un'attività diversa da quelle di cui ai settori speciali, l'eventuale aumento di valore, anche in presenza di modifiche successive, non può eccedere complessivamente il 50% del valore della concessione iniziale, inteso come valore quale risultante a seguito dell'aggiudicazione delle opere o dei servizi o delle forniture oggetto di concessione. Le modifiche successive non sono intese ad aggirare il Codice.

Nei casi di cui alle lettere b) e c), la S.A pubblica, con le stesse modalità stabilite per il bando comunitario, un avviso nella G.U.U.E., contenente le informazioni di cui all'allegato XXV.

È possibile sostituire il concessionario originario, se previsto nei documenti di gara oppure a seguito di ristrutturazioni societarie, (comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza) e sempre che il nuovo operatore economico soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente (e purché non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del Codice) fatta salva l'autorizzazione del concedente, ove richiesta sulla base della regolamentazione di settore ed infine nel caso in cui la S.A si assuma gli obblighi del concessionario principale nei confronti dei suoi subappaltatori; non sono possibili casi diversi.

7. *La cessazione anticipata del contratto (art. 176 Codice)*

Il fatto che la concessione sia un contratto non comporta di per sé la diretta applicazione del c.c.. Nei casi di contratto ad oggetto pubblico la P.A mantiene la sua tradizionale posizione di supremazia: tali contratti non sono disciplinati dal diritto privato ma dai principi del c.c. in materia di obbligazione e contratti, sempre in quanto compatibili e salvo che non sia diversamente previsto. Ciò trova riscontro nella presenza di una disciplina speciale del momento genetico e funzionale del contratto. La definizione del contratto quale contratto pubblico non indica esclusivamente (e semplicisticamente) la presenza di un soggetto pubblico quale parte contraente, bensì una oggettiva finalità di pubblico interesse perseguito per il tramite del contratto e del suo adempimento. E questa specificità incide sul giudizio dell'illiceità della causa o dell'impossibilità (materiale o giuridica) o dell'illiceità dell'oggetto. È

solo in ragione di un'analisi dettagliata e specifica che tenga conto di quanto sopra espresso che può concludersi per l'applicabilità (o meno) di norme ed istituti del c.c.. L'art. 1467 c.c. in tema di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta riguarda i contratti con prestazioni corrispettive che abbiano esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita. Non assume rilievo la sopravvenienza di circostanze prevedibili che rendano eccessivamente gravoso l'adempimento della prestazione vertendosi in tal caso non di alterazione dell'economia contrattuale ma di inadempimento (C.d.S. n. 3653/2016).

Il Codice prevede l'annullamento d'ufficio del contratto (quale provvedimento illegittimo) nei casi seguenti:

- a) l'aggiudicatario al momento dell'aggiudicazione non era in possesso dei requisiti generali (art. 80 Codice);
- b) la S.A ha violato, con riferimento al procedimento di aggiudicazione, il diritto dell'Unione europea come accertato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea;
- c) la concessione ha subito una modifica diversa da quelle ammesse, viste nel paragrafo precedente.

Il Codice precisa che per le concessioni non si applica il termine previsto (18 mesi) dall'art. 21-nonies della legge n. 241/1990.

La concessione può essere risolta per inadempimento della A.A oppure può essere revocata per motivi di pubblico interesse; in questi casi, e nel caso di annullamento d'ufficio per vizio non imputabile al concessionario, spettano al concessionario:

- a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario;
- b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione, ivi compresi gli oneri derivanti dalla copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse;
- c) un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10% del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi previsti nel PEF allegato alla concessione per gli anni residui di gestione.

L'efficacia della revoca è subordinata al pagamen-

to delle somme prima elencate. Tali somme sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e dei titolari delle obbligazioni emesse ai sensi dell'art. 185 Codice.

Qualora invece la risoluzione dipenda da inadempimento del concessionario si applica l'art. 1453 c.c. (quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno). Dalla data della domanda di risoluzione il concessionario non può più adempiere la propria obbligazione e la S.A. può richiedere il risarcimento del danno. La durata della concessione è assai lunga, addirittura anche oltre i 30 anni; per evitare che eventuali difficoltà del concessionario possano riverberarsi nell'interruzione del servizio, l'art. 176 Codice prevede che gli enti finanziatori del progetto possono impedire la risoluzione, disciplinandone le condizioni e l'art. 186 Codice prevede un privilegio dei loro crediti. Prima di risolvere il contratto la S.A. comunica per iscritto al concessionario e agli enti finanziatori l'intenzione di risolvere il rapporto. Gli enti finanziatori, ivi inclusi i titolari di obbligazioni e titoli analoghi emessi dal concessionario, entro 90 giorni dal ricevimento della comunicazione, indicano un operatore economico, che subentri nella concessione, avente caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti o analoghe a quelle previste nel bando di gara o negli atti in forza dei quali la concessione è stata affidata, con riguardo allo stato di avanzamento dell'oggetto della concessione alla data del subentro. L'operatore economico subentrante deve assicurare la ripresa dell'esecuzione della concessione e l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario sostituito entro il termine indicato dalla S.A. Il subentro dell'operatore economico ha effetto dal momento in cui la S.A. vi presta il consenso. La sostituzione del concessionario è limitata al tempo necessario per l'espletamento di una nuova procedura di gara.

8. Contratti di concessione già in essere prima della entrata in vigore del nuovo Codice (art. 177 Codice)

Il nuovo Codice (art. 177) prevede modifiche anche alle concessioni in corso: i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già in essere alla data di entrata in vigore del Codice, non affidate con la formula della finanza di

progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità. La restante parte può essere realizzata da società in house per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato. Tale affidamento deve avvenire a partire dal 19/4/2018; fino ad allora i concessionari che non hanno ottenuto la concessione con gara potranno continuare a gestire in proprio il 40% affidando all'esterno soltanto il 60%. Sulla natura di tale termine è intervenuto il C.d.S. con la sentenza n. 3703/2017: l'art. 177, comma 1, Codice ha espressamente previsto l'obbligo per i soggetti pubblici e privati titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici (già esistenti o di nuova aggiudicazione) di affidare una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica entro il 19.4.2018. L'ANAC con lettera prot. n. 93307 del 19.7.2017 ha precisato che la tesi secondo cui il termine di ventiquattro mesi sarebbe un termine iniziale (nel senso che l'obbligo diventerebbe operativo solo dopo ventiquattro mesi dall'entrata in vigore del codice), oltre a non tenere conto del dato letterale (che individua nei ventiquattro mesi un termine massimo non superabile), porterebbe anche ad un differimento irragionevole (e non predeterminabile sotto il profilo temporale) del nuovo assetto pro-concorrenziale.

Sono previsti controlli da parte dell'ANAC ed anche penali da parte del Concedente; in merito l'ANAC ha emanato il comunicato del Presidente del 17.5.2017.

Cap. XX

Il contratto di partenariato pubblico privato (PPP)

Il contratto di partenariato è il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più opera-

tori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio, secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. I contratti di PPP sono contratti caratterizzati dal trasferimento dei rischi all'operatore privato ovvero dalla sua responsabilizzazione rispetto a obiettivi di qualità e costo dell'opera, al pari della concessione, ma se ne differenziano perchè possono essere utilizzati anche per le "opere fredde" ossia opere i cui ricavi di gestione per l'operatore economico provengono in tutto o in parte dal canone (e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica) riconosciuto dall'ente concedente. In questo si distingue dalle concessioni che invece prevedono solo i ricavi da utenza esterna; purtroppo però in diversi articoli del Titolo I relativo alle operazioni in PPP si parla spesso di "concessione" lasciando così nel dubbio il lettore.

Le concessioni, unitamente alla locazione finanziaria, e ai contratti di disponibilità costituiscono gli istituti di PPP (Public-private partnership) cosiddetti contrattuali, per distinguerli da quelli istituzionalizzati o corporate finance (quest'ultimi sono le società "in house" oppure le società miste costituite ai sensi degli artt. 113, 116 e 120 del TUEL).

Quel che importa per poter qualificare come opera in PPP (per distinguerli dal contratto di appalto) è il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico che comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che il rischio di costruzione, anche il rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, il rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera; tali rischi trovano la loro definizione nell'articolo 3, comma 1, rispettivamente lettere aaa), bbb) e ccc) Codice. Va da sé che il contenuto del contratto è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipende dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati; questa valutazione deve avvenire ex ante, al momento di affidamento della concessione stessa. Così, a fron-

te della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, l'A.A può scegliere di versare un canone all'operatore economico che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi. Tali variazioni del canone devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico. Con il contratto di PPP sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico.

L'equilibrio economico finanziario, come definito all'art. 3, comma 1, lettera fff), (contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria) rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'A.A può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, oppure un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione. Le modalità di utilizzazione dei beni immobili sono definite dall'A.A e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della P.A, non può essere superiore al 49% (prima del Correttivo era il 30%) del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

I contratti PPP possono non essere considerati come voce di debito dei bilanci pubblici (ai sensi della decisione Eurostat, ripresa dalla circolare PCM 27.3.2009 e dalla determinazione AVCP n. 2/2010) quando il soggetto privato assume il rischio di costruzione (l'operatore privato è responsabile della qualità dell'opera secondo gli standard definiti dalla P.A, dei costi e dei tempi) ed almeno uno dei seguenti due rischi:

- dal lato dell'offerta (o disponibilità dell'opera); l'operatore privato è responsabile della qualità e della funzionalità dell'opera. Si può ritenere in capo al privato se i pagamenti pubblici sono correlati all'effettivo ottenimento del servizio reso e la P.A ha il diritto di ridurre i propri pagamenti (ad esempio mediante l'applicazione di penali) nel caso in cui i

parametri prestabiliti (standard) di prestazione (sia per quanto riguarda la disponibilità dell'infrastruttura sia per quanto riguarda i servizi erogati) non vengano raggiunti. Le potenziali decurtazioni al canone pubblico versato dalla P.A per effetto delle clausole contrattuali devono essere tali da poter intaccare il recupero degli investimenti e i costi gestionali. La previsione di pagamenti costanti, indipendentemente dal volume e dalla qualità dei servizi erogati, implica che il rischio di disponibilità è assunto dalla P.A;

- dal lato della domanda; l'operatore privato sopporta il rischio che il servizio erogato sia in grado di generare un flusso di ricavi tale da coprire i costi di gestione e di recuperare il costo di costruzione. Il rischio di domanda si considera allocato al soggetto pubblico nel caso di pagamenti garantiti anche per prestazioni non erogate. È invece allocato all'esecutore se la fruizione di quel servizio può avere una diminuzione per l'insorgere nel mercato di un'offerta competitiva di altri operatori, oppure per mancanza di appeal della gestione del concessionario, oltretutto a fattori esogeni come la contrazione dei consumi generata da una crisi economica (Deliberazione ANAC n. 738/2016: nel caso di concessione ventennale non sembra compatibile con il rischio di gestione l'imprevedibilità del fattore crisi economica e delle mutate condizioni economiche).

Non è strettamente necessario che la durata del contratto sia parametrata al periodo di recupero degli investimenti effettuati per lo svolgimento dell'attività in quanto, al momento della nuova gara, il valore degli investimenti già impiegati dal concessionario può essere messo a gara (AGCM as1055/13 e 1016/13). In tal caso il PEF deve prevedere la specificazione del valore residuo degli investimenti, al netto degli ammortamenti annuali, anche prevedendo un corrispettivo per tale valore residuo al termine della concessione. Tale regola può ora valere per i contratti in PPP (art. 3 lett. eee) Codice: "periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate").

L'affidamento avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo (lascia il dubbio quindi che il dialogo competitivo non sia una procedura ad evidenza pubblica); ci si domanda se può essere affidato con procedura negoziata (per lo meno nel sotto soglia), ponendo a base di gara il progetto preliminare oppure defi-

nitivo completo di schema di contratto e di piano economico finanziario.

Il finanziamento può avvenire utilizzando idonei strumenti quali, tra gli altri, la finanza di progetto oppure il conferimento di asset (beni) patrimoniali pubblici e privati. La remunerazione del capitale investito deve essere definita nel contratto.

Il contratto definisce i rischi trasferiti, le modalità di monitoraggio della loro permanenza entro il ciclo di vita del rapporto contrattuale e le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del contratto, tali da comportare la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico.

Il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico che incidono sull'equilibrio del PEF può comportare la sua revisione, da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve garantire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'A.A sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del PEF, le parti possono recedere dal contratto. In tal caso all'operatore economico spetta:

- a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dall'operatore economico;
- b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione, con esclusione degli oneri derivanti dalla copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse.

È vietata, nei contratti pubblici di lavori aggiudicati con la formula di partenariato pubblico-privato, l'attribuzione dei compiti di RUP, responsabile dei lavori, direttore dei lavori, di collaudatore allo stesso soggetto aggiudicatario dei contratti di PPP o soggetti ad essi collegati (art. 31 c. 13 Codice).

Il contratto è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato oppure le obbligazioni emesse dalla società di progetto non

siano collocate entro 18 mesi dalla sottoscrizione del contratto (art. 180 c. 7 che richiama l'art. 165 c. 5 Codice).

Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del D.L. 248/2007, ossia all'Unità tecnica finanza di progetto della Presidenza del Consiglio dei Ministri (Unità peraltro soppressa dall'art. 1 c. 589 legge n. 208/2015 e sostituito dal DIPE: Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri), alle informazioni relative a tali operazioni si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat (art. 3 lett. eee) Codice).

1. *Il project financing (finanza di progetto) (art. 183 Codice)*

Per accrescere le possibilità di presentare proposte relativamente alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati, le AA.AA possono, in alternativa all'affidamento mediante concessione già visto nel Capitolo precedente, ricorrere al project financing. Al fine di assicurare adeguati livelli di bancabilità e il coinvolgimento del sistema bancario nell'operazione, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni contenute all'art. 185 (emissione di obbligazioni e di titoli di debito da parte della società di progetto).

Sono previste due diverse tipologie di procedure, a seconda che l'opera sia inserita o meno negli strumenti di programmazione dell'A.A.

1.1. *Gara monofasica con pubblicazione di bando (art. 183 commi 1-14 Codice)*

In questo caso la concessione è prevista negli strumenti di programmazione e viene affidata ponendo a base di gara il progetto di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte. Per le infrastrutture afferenti le opere in linea (da intendersi a rete?), è necessario che le relative proposte siano ricomprese negli strumenti di programmazione approvati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Il bando di gara è pubblicato con le modalità di cui all'art. 72 Codice se l'importo dei lavori è di rilevanza comunitaria oppure di cui all'art. 36, c. 9 se l'importo dei lavori è sotto soglia; non è indicato il termine di presentazione delle offerte, potrebbe prendersi a

riferimento il termine di 30 giorni previsto all'art. 173 Codice. Il progetto di fattibilità da porre a base di gara è redatto dal personale delle AA.AA in possesso dei requisiti soggettivi necessari per la sua predisposizione in funzione delle diverse professionalità coinvolte nell'approccio multidisciplinare proprio del progetto di fattibilità. In caso di carenza in organico di personale idoneamente qualificato, le AA.AA possono affidare la redazione del progetto di fattibilità a soggetti esterni, individuati con le procedure previste dal Codice. Gli oneri connessi all'affidamento di attività a soggetti esterni possono essere ricompresi nel quadro economico dell'opera.

Il bando, oltre al contenuto previsto dall'allegato XXI, specifica:

a) che l'A.A ha la possibilità di richiedere al promotore prescelto, ossia a colui che ha presentato la migliore offerta, di apportare al progetto definitivo, da questi presentato, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto, anche al fine del rilascio delle concessioni demaniali marittime, ove necessarie, e che, in tal caso, la concessione è aggiudicata al promotore solo successivamente all'accettazione, da parte di quest'ultimo, delle modifiche progettuali nonché del conseguente eventuale adeguamento del PEF;

b) che, in caso di mancata accettazione da parte del promotore di apportare modifiche al progetto definitivo, l'amministrazione ha facoltà di chiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche da apportare al progetto definitivo presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso.

La pubblicazione del bando, nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, esaurisce gli oneri di pubblicità previsti per il rilascio della concessione demaniale marittima.

Il bando indica i criteri, secondo l'ordine di importanza, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte.

Per la valutazione delle offerte si prendono in considerazione, oltre agli elementi ordinari previsti per gli appalti:

- gli aspetti relativi alla qualità del progetto definitivo presentato;
- il valore economico e finanziario del PEF;
- il contenuto della bozza di convenzione.

Per quanto concerne le strutture dedicate alla nautica da diporto, l'esame e la valutazione delle propo-

ste sono svolti anche con riferimento alla maggiore idoneità dell'iniziativa prescelta a soddisfare in via combinata gli interessi pubblici alla valorizzazione turistica ed economica dell'area interessata, alla tutela del paesaggio e dell'ambiente e alla sicurezza della navigazione.

Il disciplinare di gara, richiamato espressamente nel bando, indica, in particolare, l'ubicazione e la descrizione dell'intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire, in modo da consentire che le proposte siano presentate secondo presupposti omogenei.

Alla procedura sono ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti per i concessionari, anche associando o consorziando altri soggetti, ferma restando l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 Codice.

Le offerte devono contenere i seguenti documenti:

- progetto definitivo. Nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, il progetto definitivo deve definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori ed il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, uno studio con la descrizione del progetto ed i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente e deve essere integrato con le specifiche richieste dal MIT con propri decreti;

- bozza di convenzione;

- PEF asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'art. 106 del D.Lgs. n. 385/1993, o da una società di revisione ai sensi dell'art. 1, legge n. 1966/1939. Il PEF, oltre a prevedere il rimborso delle spese sostenute per la predisposizione del progetto di fattibilità posto a base di gara, comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, (comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 c.c.). L'importo complessivo delle spese di cui al periodo precedente non può superare il 2,5% del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara;

- specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;

- garanzia provvisoria di cui all'art. 93 Codice;

- ulteriore cauzione fissata dal bando in misura pari al 2,5% del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara.

Deve inoltre dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto. L'A.A:

a) prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando;

b) redige una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta; la nomina del promotore può aver luogo anche in presenza di una sola offerta;

c) pone in approvazione il progetto definitivo presentato dal promotore, con le modalità indicate all'art. 27 Codice (che richiama la legge n. 241/1990 ed in particolare la conferenza di servizi), anche al fine del successivo rilascio della concessione demaniale marittima, ove necessaria. Il promotore deve procedere alle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione del progetto, nonché a tutti gli adempimenti di legge anche ai fini della valutazione di impatto ambientale, senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo, né incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel PEF;

d) quando il progetto non necessita di modifiche progettuali, procede direttamente alla stipula della concessione;

e) qualora invece si rendano necessarie modifiche al progetto definitivo presentato:

- se il promotore modifica il progetto e il conseguente eventuale adeguamento del PEF, si procede poi alla stipula della concessione;

- se il promotore non accetta di modificare il progetto, l'A.A ha la facoltà di richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche al progetto presentato dal promotore e non accettate dallo stesso. Il nuovo aggiudicatario deve pagare al promotore l'importo sostenuto per la predisposizione dell'offerta, come indicato nel relativo PEF; dopodiché si procede alle modifiche del progetto e successivamente alla stipulazione del contratto di concessione.

Se nessun concorrente accetta si deve ritenere che la gara è deserta e quindi nulla ottiene il promotore; si può ipotizzare che la P.A possa acquisire il progetto definitivo (anche in questo caso pagando le spese quantificate dal promotore) modificarlo e porlo a base di una nuova gara.

Il rilascio della concessione demaniale marittima, ove necessaria, avviene sulla base del progetto de-

finitivo, redatto in conformità al progetto di fattibilità approvato.

Si applicano, ove necessario, le disposizioni di cui al D.P.R. n. 327/2001 in materia di espropri.

Al momento della stipula della concessione occorre prestare la garanzia definitiva di cui all'articolo 103 Codice; a partire dalla data di inizio dell'esercizio del servizio, il concessionario deve presentare un'ulteriore cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'art. 103 Codice; la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale.

1.2. Proposte ad iniziativa privata (art. 183, cc. 15-19, Codice)

Il procedimento visto nel paragrafo precedente parte dal presupposto che l'idea dell'opera nasca all'interno dell'Amministrazione, tramite l'inserimento dell'opera negli strumenti di programmazione e la redazione del progetto di fattibilità. Per evitare di restringere le possibilità di "inventiva" dei privati, è prevista la possibilità di presentare proposte non presenti nella programmazione dell'Ente.

Gli operatori economici possono presentare alle AA.AA proposte relative alla realizzazione in concessione o locazione finanziaria di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, incluse le strutture dedicate alla nautica da diporto, non presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'A.A.

Le proposte possono essere presentate dai soggetti in possesso dei requisiti per i concessionari, anche associando o consorziando altri soggetti, nonché i soggetti con i requisiti per partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici anche per servizi di progettazione eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi. La realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra tra i settori ammessi di cui all'art. 1, comma 1, lettera c-bis), D.Lgs. n. 153/1999 (in tema di fondazioni). 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 aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici, ferma restando la loro autonomia decisionale. I soggetti devono essere in possesso dei requisiti generali previsti all'art. 80 Codice.

La proposta contiene i seguenti documenti:

- progetto di fattibilità. Nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, il progetto di fattibilità deve definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori e del quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, uno studio con la descrizione del progetto e i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente e deve essere integrato con le specifiche richieste dal MIT con propri decreti;

- bozza di convenzione;

- PEF asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del D.Lgs. 385/1993, o da una società di revisione ai sensi dell'art. 1 legge n. 1966/1939, comprendente l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta e dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 c.c., in misura non superiore al 2,5% del valore dell'investimento;

- specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;

- autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti per il concessionario;

- garanzia provvisoria di cui all'articolo 93 Codice (così modificato dal Correttivo);

- impegno a prestare la cauzione per il rimborso delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta (nella misura massima del 2,5% del valore dell'investimento), nel caso venga successivamente indetta la gara.

L'A.A valuta, entro il termine perentorio di tre mesi (perentorietà non prevista nel vecchio Codice), la fattibilità della proposta. A tal fine l'A.A può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata positivamente. Il progetto di fattibilità, eventualmente modificato, è inserito negli strumenti di programmazione approvati dall'A.A ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti. Il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato.

Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente, che pare assumere la denominazione di promotore (per

l'art. 3 c. 1 lett. r) è "promotore" un operatore economico che partecipa ad un PPP, mentre qui pare che il termine "promotore" sia utilizzato nel senso di "proponente"). Nel bando l'A.A può chiedere ai concorrenti, compreso il proponente, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione.

Il disciplinare di gara, richiamato espressamente nel bando, indica, in particolare, l'ubicazione e la descrizione dell'intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire, in modo da consentire che le proposte siano presentate secondo presupposti omogenei.

Alla procedura sono ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti per i concessionari, anche associando o consorziando altri soggetti, ferma restando l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 Codice. I concorrenti devono presentare un'offerta contenente:

- bozza di convenzione;
- PEF asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'art. 106, D.Lgs. n. 385/1993, o da una società di revisione ai sensi dell'art. 1, legge n. 1966/1939;
- specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;
- progetto definitivo che può contenere eventuali varianti al progetto di fattibilità (questa è l'interpretazione che pare conciliare sia il comma 15 che il comma 5, quest'ultimo espressamente richiamato dal comma 15).

Per la valutazione delle offerte si prendono in considerazione, oltre agli elementi ordinari previsti per gli appalti:

- gli aspetti relativi alla qualità del progetto (definitivo) presentato;
- il valore economico e finanziario del PEF;
- il contenuto della bozza di convenzione.

Per quanto concerne le strutture dedicate alla nautica da diporto, l'esame e la valutazione delle proposte sono svolti anche con riferimento alla maggiore idoneità dell'iniziativa prescelta a soddisfare in via combinata gli interessi pubblici alla valorizzazione turistica ed economica dell'area interessata, alla tutela del paesaggio e dell'ambiente e alla sicurezza della navigazione.

Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro 15 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nell'importo non superiore al 2,5% del valore dell'investimento. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta in misura non superiore al 2,5% del valore dell'investimento.

I soggetti che hanno presentato le proposte possono recedere dalla composizione dei proponenti in ogni fase della procedura fino alla pubblicazione del bando di gara purché 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 componenti posseggano i requisiti necessari per la qualificazione.

2. La locazione finanziaria (leasing) (art. 187 Codice)

Altra modalità di realizzazione, acquisizione e completamento delle opere pubbliche o di pubblica utilità è la locazione finanziaria, contratto avente ad oggetto la prestazione dei servizi finanziari e l'esecuzione dei lavori (art. 3, c. 1 lett. ggg) Codice); rientra tra i contratti di partenariato pubblico privato.

Vi sono vari tipi di contratto di leasing. Una prima distinzione è tra: a) leasing finanziario: prevede il trasferimento della proprietà e quindi è operazione di indebitamento (art. 3 c. 17 L. 350/2003); non è considerato *investimento finanziato da debito* se pienamente conforme agli artt. 3 e 187 Codice (Corte Conti Sezione delle autonomie parere n. 15 del 13.6.2017); b) leasing operativo: prevede per l'ente solo il godimento del bene, senza trasferimento della proprietà al termine dell'operazione: non è una forma di indebitamento.

Vi è poi il contratto di leasing in costruendo una parte del contratto si obbliga a costruire, finanziandone il costo, un bene immobile rispondente ad esigenze funzionali dell'altra parte; la durata del bene

è almeno pari a quella di vigenza del contratto. La controparte si obbliga a pagare dei canoni periodici ed ha il diritto di riscatto finalizzato ad ottenere la piena proprietà dell'opera alla scadenza del contratto ad un prezzo contrattualmente predeterminato (opzione di riscatto).

Il Leasing finanziario risulta particolarmente efficace per la realizzazione di opere finalizzate ad erogare servizi di pubblica utilità senza tariffazione sull'utenza (cosiddette "opere fredde" ossia non remunerative) o con un livello di tariffazione minimo (cosiddette "opere tiepide" ossia parzialmente remunerative) che non permettono il recupero del capitale impiegato (esempio scuole, strade non a pedaggio). La realizzazione dell'immobile avviene sulla base delle caratteristiche indicate nel bando il quale indica altresì i requisiti che devono avere i concorrenti e i parametri di valutazione.

Possono partecipare alla gara i RTC formati dal soggetto finanziatore (autorizzato ai sensi del D.Lgs. 385/1993) e dal soggetto realizzatore, ciascuno responsabile per la propria prestazione, oppure i contraenti generali. Nel leasing l'applicazione dell'avvalimento trova delle difficoltà operative connesse soprattutto ai limiti statutari fissati dal Testo unico bancario che impone che gli intermediari finanziari si occupino solo di attività di intermediazione finanziaria. Problematico appare anche l'intervento di un general contractor, pur essendo espressamente previsto dal Codice: tale figura opera prevalentemente per la realizzazione di infrastrutture e progetti strategici, opere di notevole complessità per cui appare dubbia l'ipotesi che una tale impresa possa essere interessata a contratti di leasing, contratto che peraltro può essere stipulato solo da intermediari finanziari.

La gara avviene sulla base del progetto di livello almeno di fattibilità (preliminare) redatto dalla S.A; i successivi livelli di progettazione sono a carico dell'appaltatore. L'opera può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario. L'adempimento degli impegni da parte della S.A sono condizionati al positivo controllo della realizzazione ed alla eventuale gestione funzionale dell'opera. È obbligatorio il collaudo in corso d'opera. L'opera rimane formalmente privata finché la P.A non esercita il diritto di opzione ma, in quanto destinata a diventare di proprietà pubblica, ad essa si estende il regime di opera pubblica a fini urbanistici, espropriativi ed edilizi.

Il vantaggio principale del leasing è che in un'unica gara la P.A seleziona la società di leasing ed il co-

struttore ed in un unico contratto si definiscono le condizioni finanziarie, tecniche ed economiche per realizzare l'investimento. Negli ultimi anni sta attirando l'attenzione della P.A in quanto permette di ripartire un costo pluriennale in più esercizi, evitando così di incidere, a determinate condizioni, sul debito pubblico. Il legislatore era dovuto pertanto intervenire per disciplinare il leasing, aggiungendo un apposito articolo al vecchio Codice.

La Corte dei Conti aveva messo in rilievo che per ricorrere a questo istituto contrattuale occorre verificarne la convenienza, confrontandola con una forma classica d'indebitamento (mutuo o finanziamento Cassa Depositi e prestiti), non solo sotto il profilo dell'entità del canone, ma anche delle garanzie prestate (la valutazione deve avvenire con il sistema del Public Sector Comparator); la motivazione della scelta del leasing deve dare conto dell'assenza di finalità elusive del patto di stabilità o dei limiti di indebitamento. In particolare nel leasing i rischi di gestione non devono ricadere sull'Ente pubblico, altrimenti l'operazione dovrebbe essere inquadrata e contabilizzata come indebitamento, secondo i canoni Eurostat (C.d.C. Lombardia 52/2009). Sarà dunque opportuno che le amministrazioni evitino di conferire alle società di leasing e alla relativa operazione connotazioni esclusivamente finanziarie per rendere effettivamente l'operazione una reale attività di partenariato pubblico privato. Ove le parti concludano un contratto che non presenta le caratteristiche proprie del leasing immobiliare in costruendo, si è in presenza di un contratto atipico nel quale l'aspetto di gran lunga prevalente risulta quello del finanziamento dell'opera pubblica, fatto questo che deve essere valutato in relazione alle norme ed ai principi che regolano sia la realizzazione delle opere pubbliche sia il rispetto dei vincoli di finanza pubblica (C.d.C. Veneto 360/2011). Per la Corte dei Conti sezione regionale Piemonte (n. 82/2010) il bene oggetto di leasing deve essere suscettibile di formare oggetto di proprietà privata; non, quindi, i beni del demanio necessario (art. 822 c.c.) e del patrimonio indisponibile (art. 826 c.c.).

3. Il contratto di disponibilità (art. 3, lett. hhh, e art. 188 Codice)

Con il contratto di disponibilità, la P.A si sgrava del tutto dei rischi legati alla realizzazione e alla gestione tecnica dell'opera. All'affidatario sono affidate, a suo rischio e spese, la progettazione, la costruzione

e la messa a disposizione a favore dell'A.A. di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'A.A. la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti.

Il contratto determina le modalità di ripartizione dei rischi tra le parti, che possono comportare variazioni dei corrispettivi dovuti per gli eventi incidenti sul progetto, sulla realizzazione o sulla gestione tecnica dell'opera, derivanti dal sopravvenire di norme o provvedimenti cogenti di pubbliche autorità. Il rischio della mancata o ritardata approvazione da parte di terze autorità competenti della progettazione e delle eventuali varianti è a carico dell'affidatario. Invece i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa sono, salvo diversa determinazione contrattuale, a carico del soggetto aggiudicatore (principio immanente a tutti i contratti di PPP, dei quali fa parte il contratto di disponibilità, è che il rischio deve essere posto a carico di colui che è in grado di gestirlo meglio).

L'A.A. può attribuire all'affidatario il ruolo di autorità espropriante ai sensi del D.P.R. n. 327/2001; gli oneri connessi agli eventuali espropri sono considerati nel quadro economico degli investimenti e finanziati nell'ambito del contratto di disponibilità. Il bando di gara è pubblicato con le modalità di cui all'art. 72 Codice se l'importo dei lavori è di rilevanza comunitaria oppure di cui all'art. 36, c. 9 se l'importo dei lavori è sotto soglia (non è indicato il termine di presentazione delle offerte), ponendo a base di gara il capitolato prestazionale (non più il progetto di fattibilità, a seguito del Correttivo) predisposto dall'A.A. che indica, in dettaglio, le caratteristiche tecniche e funzionali che deve assicurare l'opera costruita e le modalità per determinare la riduzione del canone di disponibilità, nei limiti di cui al comma 6. Il bando indica gli elementi di valutazione, secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse offerte (la norma sembra rendere obbligatorio il confronto a coppie).

I partecipanti devono essere in possesso dei requisiti generali (art. 80 Codice) e di qualificazione previsti per gli appalti.

Le offerte devono contenere un progetto di fattibilità rispondente alle caratteristiche indicate in sede di gara e sono corredate dalla garanzia provvisoria. Il soggetto aggiudicatario è tenuto a prestare la cauzione definitiva e, dalla data di inizio della messa a disposizione da parte dell'affidatario, è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla messa a disposizione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità previste per la cauzione definitiva; la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale.

Il contratto ha ad oggetto la redazione del progetto definitivo e del progetto esecutivo; l'affidatario ha la facoltà di introdurre le eventuali varianti (anche in corso d'opera) finalizzate ad una maggiore economicità di costruzione o gestione, nel rispetto del progetto di fattibilità tecnica-economica e delle norme e provvedimenti di pubbliche autorità vigenti e sopravvenuti; il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le varianti in corso d'opera sono ad ogni effetto approvati dall'affidatario, previa comunicazione all'A.A. (la quale può, entro 30 giorni, motivatamente opporsi ove non rispettino il capitolato prestazionale) e, ove prescritto, alle terze autorità competenti.

La remunerazione avviene tramite la corresponsione di:

- canone di disponibilità, da versare soltanto in corrispondenza alla effettiva disponibilità dell'opera; il canone è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità della stessa per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'A.A. Il contratto individua, anche a salvaguardia degli enti finanziatori e dei titolari di titoli emessi ai sensi dell'art. 186 (rectius: 185?), il limite di riduzione del canone di disponibilità superato il quale il contratto è risolto (per inadempimento). Poiché la P.A. è l'unico "payer" deve porre massima attenzione affinché si versi in un'effettiva operazione di partenariato, prevedendo che il canone "disponibilità" sia retributivo dell'effettiva funzionalità del servizio e non dovuto in caso di totale disservizio ovvero sottoposto a penali automatiche che implicino un rischio operativo "rilevante e/o significativo";

- (eventuale) contributo in corso d'opera, non superiore al 50% del costo di costruzione, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'A.A.;

- (eventuale) prezzo di trasferimento, parametrato, in relazione ai canoni già versati e all'eventuale contributo in corso d'opera, al valore di mercato residuo dell'opera, da corrispondere, al termine del contratto, in caso l'amministrazione acquisisca la proprietà dell'opera.

Interessante la risoluzione n. 100/E dell'Agenzia delle Entrate del 3.11.2016 nel quale si riconosce la possibilità di assoggettare all'aliquota IVA del 10% il canone di disponibilità per la quota parte relativa alla realizzazione dell'opera stessa, desumibile dal PEF.

L'adempimento degli impegni dell'A.A resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione dell'opera e dalla messa a disposizione della stessa secondo le modalità previste dal contratto di disponibilità.

In capo alla S.A residua solamente l'attività di collaudo, al fine di accertare il puntuale rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e disposizioni cogenti e può proporre all'A.A, a questi soli fini, modificazioni, varianti e rifacimento di lavori eseguiti ovvero, sempre che siano assicurate le caratteristiche funzionali essenziali, la riduzione del canone di disponibilità.

4. *Interventi di sussidiarietà orizzontale e baratto amministrativo (artt. 189 e 190 Codice)*

Come già anticipato in altre parti, le ristrettezze di bilancio degli EE.LL. ha rinnovato l'interesse per nuove forme di collaborazione pubblico/privato, confermato dall'inserimento nel Codice di un apposito articolo ossia il n. 189, intitolato: "*Interventi di sussidiarietà orizzontale*". Questo prende in considerazione due fattispecie diverse.

Al comma 1 disciplina gli interventi su tipologie particolari di immobili, in particolare:

- aree riservate al verde pubblico urbano;
- immobili di origine rurale, riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere, con esclusione degli immobili ad uso scolastico e sportivo, ceduti al Comune nell'ambito delle convenzioni e delle norme previste negli strumenti urbanistici attuativi, comunque denominati.

Questi immobili possono essere affidati in gestione, per quanto concerne la manutenzione, con diritto di prelazione ai cittadini residenti nei comprensori oggetto delle suddette convenzioni e su cui insistono i suddetti beni o aree, nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza e parità di tratta-

mento. A tal fine i cittadini residenti costituiscono un consorzio del comprensorio che raggiunga almeno il 66% della proprietà della lottizzazione.

Le regioni e i comuni possono prevedere incentivi alla gestione diretta delle suddette aree e immobili da parte dei cittadini costituiti in consorzi, anche mediante riduzione dei tributi propri.

Al comma 2 prende in considerazione la realizzazione di opere di interesse locale: gruppi di cittadini organizzati possono formulare all'E.L. territoriale competente proposte operative di pronta realizzabilità, nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti o delle clausole di salvaguardia degli strumenti urbanistici adottati, indicandone i costi ed i mezzi di finanziamento, senza oneri per l'ente medesimo. L'E.L. provvede sulla proposta, con il coinvolgimento, se necessario, di eventuali soggetti, enti ed uffici interessati, fornendo prescrizioni ed assistenza. Gli EE.LL. possono predisporre apposito regolamento per disciplinare le attività ed i processi. Entro 2 mesi dalla presentazione della proposta l'E.L. può, con motivata delibera, disporre l'approvazione delle proposte formulate, regolando altresì le fasi essenziali del procedimento di realizzazione e i tempi di esecuzione. Decorsi tali termini senza che sia pervenuta risposta, la proposta stessa si intende respinta (silenzio-rigetto). La realizzazione degli interventi che riguardino immobili sottoposti a tutela storico-artistica o paesaggistico-ambientale è subordinata al preventivo rilascio del parere o dell'autorizzazione richiesti dalle disposizioni di legge vigenti. Si applicano in particolare le disposizioni del codice dei beni culturali e del paesaggio (D.Lgs. 42/2004). La realizzazione delle opere non può in ogni caso dare luogo ad oneri fiscali ed amministrativi a carico del gruppo attuatore, fatta eccezione per l'imposta sul valore aggiunto. Le spese per la formulazione delle proposte e la realizzazione delle opere sono, fino alla attuazione del federalismo fiscale, ammesse in detrazione dall'imposta sul reddito dei soggetti che le hanno sostenute, nella misura del 36%, nel rispetto dei limiti di ammontare e delle modalità di cui all'art. 1 legge n. 449/1997 e relativi provvedimenti di attuazione, e per il periodo di applicazione delle agevolazioni previste dal medesimo articolo 1. Successivamente ne sarà prevista la detrazione dai tributi propri dell'ente competente.

Le opere realizzate sono acquisite a titolo originario al patrimonio indisponibile dell'ente competente. È evidente l'importanza che chi opera per conto della P.A in queste forme di collaborazione sia mu-

nito di adeguata copertura assicurativa, da porre a carico dell'Ente.

Con l'art. 190 è stato riformulato l'istituto del baratto amministrativo introdotto dall'art. 24 D.L. n. 133/2014 (abrogato dal Correttivo) estendendolo a tutti gli enti territoriali (e non più ai soli Comuni). Sono definiti contratti di partenariato sociale: cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale, che presentano progetti riguardanti la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati. Si parla di baratto che presuppone uno "scambio" in natura perché a fronte di queste attività sono previste riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa (lavori anziché pagamento di tributi). Occorre una delibera che definisca i criteri e le condizioni; non è precisato da chi deve essere approvata.

In proposito al baratto amministrativo è intervenuta la Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, con la deliberazione 24/6/2016, n. 172/2016 per precisare che la compensazione non può riguardare debiti tributari pregressi ma solo futuri; per i crediti di natura extra tributaria, connessi con l'erogazione di servizi pubblici o di prestazioni a domanda individuale invece può riguardare anche debiti pregressi se non arrecano un vulnus agli equilibri di bilancio; così l'ente locale può predeterminare fattispecie tipizzate e deve porre in essere strumenti di controllo necessari ad assicurare che la prestazione sostitutiva sia effettivamente eseguita. La Corte dei conti ipotizza la pubblicazione di appositi bandi pubblici.

Cap. XXI

Il contraente generale e le infrastrutture e gli insediamenti prioritari

1. Il contraente generale (artt. 194-199 Codice)

L'art. 194 reca la seguente definizione: Con il contratto di affidamento unitario a contraente generale, il soggetto aggiudicatore affida ad un soggetto dotato di adeguata capacità organizzativa, tecnico-

realizzativa e finanziaria la realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto definitivo redatto dal soggetto aggiudicatore e posto a base di gara, a fronte di un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori.

Quindi fanno a capo al contraente generale la progettazione esecutiva, la esecuzione con qualsiasi mezzo (direttamente nel limite delle qualificazioni possedute oppure mediante affidamento a terzi a loro volta in possesso dei requisiti) ed il finanziamento dei lavori (eventualmente comprensivo degli espropri) e la loro gestione (direttamente o tramite altri soggetti selezionati). Si ritiene che la formula del contraente generale ricada nella dizione data dall'art. 3 c. 1 lett. ll) punto 3: sono "appalti pubblici di lavori" i contratti aventi per oggetto la realizzazione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'A.A o dall'ente aggiudicatore che esercita un'influenza determinante sul tipo o sulla progettazione dell'opera. Essendo il dominus dell'intera opera, le varianti derivanti da errori del progetto esecutivo sono a carico del contraente generale. Il bando determina la quota di valore dell'opera che deve essere realizzata dal contraente generale con anticipazione di risorse proprie e i tempi e i modi di pagamento del prezzo. Il saldo della quota di corrispettivo ritenuta a tal fine deve essere pagato alla ultimazione dei lavori. Il contraente generale può costituire una società di progetto. Per il finanziamento il contraente generale o la società di progetto possono emettere obbligazioni, previa autorizzazione degli organi di vigilanza, anche in deroga ai limiti dell'art. 2412 del c.c. Il soggetto aggiudicatore garantisce il pagamento delle obbligazioni emesse, nei limiti del proprio debito verso il contraente generale quale risultante da stati di avanzamento emessi ovvero dal conto finale o dal certificato di collaudo dell'opera.

Il ricorso alla scelta di aggiudicare mediante affidamento al contraente generale deve essere motivata dalla S.A in ragione della complessità e di altre esigenze al fine di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza ed economicità.

I soggetti aggiudicatori possono stabilire e indicare nel bando di gara, in relazione all'importanza e alla complessità delle opere da realizzare, il numero minimo e massimo di concorrenti che verranno invitati a presentare offerta. Nel caso in cui le domande di partecipazione superino il predetto numero massimo, i soggetti aggiudicatori individuano i soggetti da invitare redigendo una graduatoria di merito

sulla base di criteri oggettivi, non discriminatori e pertinenti all'oggetto del contratto, predefiniti nel bando di gara. In ogni caso il numero di candidati invitati deve essere sufficiente ad assicurare una effettiva concorrenza; per tale motivo è stabilito che il numero minimo di concorrenti da invitare non può essere inferiore a cinque, se esistono in tale numero soggetti qualificati.

L'aggiudicazione avviene oltre che sulla base dei criteri di cui all'articolo 95, tenendo conto altresì:

- a) del valore tecnico ed estetico delle varianti;
- b) della maggiore entità, rispetto a quella prevista dal bando, del prefinanziamento che il candidato è in grado di offrire;
- c) di ogni ulteriore elemento individuato in relazione al carattere specifico delle opere da realizzare.

È vietata, negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, l'attribuzione dei compiti di RUP, responsabile dei lavori, direttore dei lavori, collaudatore allo stesso contraente generale o soggetti ad esso collegati (art. 31 c. 13 Codice).

Per gli appalti pubblici di lavori, aggiudicati con la formula del contraente generale, è istituito presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, un albo nazionale obbligatorio dei soggetti che possono ricoprire rispettivamente i ruoli di direttore dei lavori e di collaudatore. La loro nomina nelle procedure di appalto avviene mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno triplo per ciascun ruolo da ricoprire e prevedendo altresì che le spese di tenuta dell'albo siano poste a carico dei soggetti interessati.

Per gli affidamenti a contraente generale di qualunque ammontare, il soggetto aggiudicatario presenta sotto forma di cauzione o di fidejussione rilasciata dai soggetti di cui all'art. 93 comma 3, in luogo della garanzia definitiva di cui all'art. 103, una garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, denominata "garanzia di buon adempimento" e una garanzia di conclusione dell'opera nei casi di risoluzione del contratto previsti dal codice civile e dal Codice, denominata "garanzia per la risoluzione" (art. 104 c. 1 Codice).

La pregressa negativa esperienza dei lavori eseguiti da contraente generale ha indotto il legislatore ad introdurre il comma 20: il soggetto aggiudicatario indica nel bando di gara un'aliquota forfetta-

ria, non sottoposta al ribasso d'asta, ragguagliata all'importo complessivo dell'intervento, secondo valutazioni preliminari che il contraente generale è tenuto a recepire nell'offerta formulata in sede di gara, da destinare all'attuazione di misure idonee volte al perseguimento delle finalità di prevenzione e repressione della criminalità e dei tentativi di infiltrazione mafiosa.

I contraenti generali sono qualificati per classifiche (determinate dall'ANAC), riferite all'importo lordo degli affidamenti per i quali possono concorrere.

2. *Le infrastrutture e gli insediamenti prioritari (artt. 200-203 Codice)*

Tutta la Parte V (artt. 200-203) del Codice disciplina i lavori relativi alle infrastrutture e agli insediamenti prioritari; queste norme sono concepite come una corsia preferenziale per realizzare quelle opere pubbliche che, per rilevanza e dimensioni, hanno un ruolo fondamentale a livello nazionale.

La realizzazione delle opere e delle infrastrutture prioritarie è oggetto di:

- a) concessione di costruzione e gestione;
- b) affidamento unitario a contraente generale;
- c) finanza di progetto;
- d) qualunque altra forma di affidamento prevista dal Codice compatibile con la tipologia dell'opera da realizzare.

Elemento attivo della programmazione è il Ministero delle infrastrutture, competente per la formulazione e la ricezione delle proposte relative agli interventi da inserire nel programma, per la promozione e il coordinamento delle attività di progettazione e per la vigilanza sugli affidamenti e l'assegnazione dei finanziamenti integrativi per l'attività di progettazione.

Per i rilevanti insediamenti produttivi e per le opere di rilevante impatto per il territorio, già inseriti nel programma triennale delle opere pubbliche, il D.P.R. n. 194/2016 (cosiddetto Regolamento Sblocchi Procedimenti) ha previsto tempi dimezzati per il rilascio delle autorizzazioni ed anche poteri sostitutivi.

Cap. XXII

I contratti relativi ai beni culturali (artt. 145-151 Codice)

Per i beni mobili e immobili e gli interventi sugli elementi architettonici e sulle superfici decorate di beni del patrimonio culturale soggetti alle disposizioni di tutela sui beni culturali, (cosiddetto Codice dei beni culturali: D.Lgs. n. 42/2004) comprensivi degli scavi archeologici, anche subacquei, sono previste una serie di regole specifiche, in quanto è riconosciuta la peculiarità di tali beni.

Col DM 154/2017 sono state ridefinite le regole in merito agli interventi sui beni culturali (categorie SOA: OG2, OS2-A, OS2-B, OS24 e OS25): contenuti dei livelli di progettazione (che entreranno in vigore soltanto quando sarà emanato il decreto ministeriale relativo ai livelli di progettazione),

Per quanto riguarda la progettazione l'art. 52 del R.D. n. 2537/1925 stabilisce che il restauro e il ripristino sui beni di interesse storico sono di spettanza della professione dell'Architetto ("le parti di intervento di edilizia civile che riguardino scelte culturali connesse alla maggiore preparazione accademica conseguita dagli architetti nell'ambito del restauro e risanamento degli immobili di interesse storico e artistico"), mentre la parte tecnica, ossia le "attività progettuali e di direzione lavori che riguardano l'edilizia civile vera e propria" può essere eseguita anche da un ingegnere (C.d.S. n. 21/2014).

Per il progetto preliminare è prevista la possibilità di richiedere una scheda tecnica, che può essere redatta da un soggetto con qualifica di restauratore di beni culturali, i cui requisiti sono riportati nell'art. 182 del D.Lgs. n. 42/2004.

Qualora il RUP accerti che la natura e le caratteristiche del bene, ovvero il suo stato di conservazione, sono tali da non consentire l'esecuzione di analisi e rilievi esaustivi o comunque presentino soluzioni determinabili solo in corso d'opera, può prevedere l'integrazione della progettazione in corso d'opera, il cui eventuale costo deve trovare copertura nel quadro economico. Il DM 154/2017 ha aggiunto che l'affidamento dei lavori avviene di regola sulla base del progetto esecutivo; può essere omesso nei casi in cui, a giudizio del RUP, la natura e le caratteristiche del bene ovvero il suo stato di conservazione, sono tali da non consentire l'esecuzione di analisi e rilievi esaustivi (e l'impresa esecutrice dei lavori dovrà sottoporre al RUP la documentazione riguardante la progettazione integrativa, che viene

approvata dalla S.A.). Per i lavori di monitoraggio, manutenzione o restauro di beni culturali mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico, di scavo archeologico, anche subacqueo, nonché quelli relativi al verde storico è previsto che sono appaltati sulla base di un progetto esecutivo. Importante semplificazione per quanto riguarda la progettazione dei lavori di manutenzione: non sono necessari i tre livelli di progettazione, è sufficiente una perizia di spesa che contenga quanto previsto all'art. 25 DM 154/2017.

Il RUP può disporre motivatamente che la verifica riguardi soltanto il livello di progettazione posto a base di gara (art. 21 DM 154/2017).

Per quanto riguarda la qualificazione, ai sensi dell'art. 146 c. 2 D.Lgs. 50/2016 i lavori svolti possono essere utilizzati unicamente dall'operatore che li ha effettivamente eseguiti ed il loro utilizzo, quale requisito tecnico, non è condizionato da criteri di validità temporale, quindi anche oltre i 5 anni previsti per i restanti lavori; il DM 154/2017 (art. 7) ha precisato che occorre il rispetto del principio di continuità (senza però declinare come viene inteso) oppure deve essere rimasta invariata la direzione tecnica. I certificati di esecuzione lavori devono contenere l'attestato dell'autorità preposta alla tutela del bene oggetto dei lavori, del buon esito degli interventi eseguiti. Non è ammesso l'avvalimento, considerata la specificità del settore.

Tali lavori sono normalmente stipulati a misura.

La direzione lavori, il supporto al RUP e al dirigente competente alla formazione del programma triennale e l'organo di collaudo devono comprendere un restauratore.

All'interno della categoria dei beni culturali, regole particolari valgono per i lavori concernenti beni mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico, scavi archeologici, anche subacquei, nonché quelli relativi a ville, parchi e giardini di cui all'art. 10, comma 4, lettera f) del D.Lgs. n. 42/2004: questi lavori non possono essere affidati congiuntamente a lavori afferenti ad altre categorie di opere generali e speciali, salvo che motivate ed eccezionali esigenze di coordinamento dei lavori, accertate dal RUP e comunque non attinenti la sicurezza dei luoghi di lavoro di cui al D.Lgs. n. 81/2008, non rendano necessario l'affidamento congiunto. Sempre in tema di affidamento di questi particolari lavori è previsto che occorre la qualificazione nella categoria di riferimento, indipen-

dentemente dall'incidenza percentuale che il valore degli interventi sui beni tutelati assume nell'appalto complessivo (pertanto dovranno essere indicati nel bando anche se tali categorie non raggiungono il 10% dell'importo complessivo dei lavori o i 150.000 euro); qualora il soggetto non sia qualificato, egli deve indicarle tra le lavorazioni che intende subappaltare e, successivamente, in fase di esecuzione, le dovrà subappaltare a soggetti in possesso di relativa qualificazione: sono quindi considerate categorie a qualificazione obbligatoria indipendentemente dal loro importo.

Da notare che non tutte le norme speciali sopra indicate sono riferite all'intera categoria dei beni culturali che viene indicata con la categoria OG2 ma solamente a particolari fattispecie di lavori soggetti a tutela.

Per i lavori di somma urgenza fino all'importo di 300.000 € o per particolari tipologie da individuare con decreto del Ministero per i beni e le attività culturali, non ancora emanato (il DM 154/2017 non ha legiferato in merito), è possibile l'affidamento con procedura competitiva con negoziazione; francamente non se ne capisce l'utilità considerato che è già possibile l'affidamento a procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando fino all'importo di € 1.000.000,00. Il criterio del minor prezzo è previsto solamente per i lavori di importo pari o inferiore a 500.000 euro (limite introdotto dal Correttivo), in deroga alla regola generale che fissa il limite in € 2.000.000.

Per tali lavori è obbligatorio il collaudo in corso d'opera, sempre che non sussistano le condizioni per il rilascio del certificato di regolare esecuzione.

Possono essere oggetto di contratti di sponsorizzazione; si rinvia all'apposito capitolo.

Solamente per questa tipologia di lavori continua ad essere disciplinata quella che veniva denominata "perizia di assestamento" ossia la modifica non considerata variante e quindi approvata dal direttore dei lavori, per risolvere aspetti di dettaglio, finalizzati a prevenire e ridurre i pericoli di danneggiamento o deterioramento dei beni tutelati, che non modificano qualitativamente l'opera e che non comportano una variazione in aumento o in diminuzione superiore al venti per cento del valore di ogni singola categoria di lavorazione, nel limite del dieci per cento dell'importo complessivo contrattuale, qualora vi sia disponibilità finanziaria nel quadro economico tra le somme a disposizione della S.A.

Cap. XXIII

Le opere di urbanizzazione a scomputo di oneri

Le opere di urbanizzazione a scomputo di oneri (art. 1 cc. 2 e 3 e art. 36 cc. 3 e 4 Codice) sono state tradizionalmente concepite, a livello italiano, quali opere private, in quanto eseguite da privati su aree private, e trasferite al Comune solamente dopo il loro collaudo. È stato solo a seguito della sentenza del Consiglio di Giustizia europeo (CGE) c-399/98 del 12.7.2001 che tali opere sono state attratte nella normativa dei lavori pubblici.

Nella sentenza CGE sopra citata sono stati affermati i seguenti principi:

- 1) Il titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione non effettua prestazione a titolo gratuito, in quanto egli estingue un debito di pari valore, salvo conguaglio in denaro. Questo vale anche se l'obbligo deriva non da un contratto ma da una convenzione di diritto pubblico, espressione dell'esercizio dei pubblici poteri ed anche se la P.A. non ha la facoltà di scegliere la propria controparte contrattuale, dato che, per legge, tale soggetto è quello che ha la proprietà dei terreni da lottizzare.
- 2) Non è necessario che sia la P.A. ad applicare le procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva, è sufficiente obbligare il lottizzante titolare della concessione a realizzare le opere pattuite ricorrendo alle procedure previste dalla direttiva.
- 3) Nel caso preso in esame dalla sentenza il Consiglio di Giustizia Europea conclude che la progettazione, essendo stata offerta a titolo gratuito, non può essere presa in considerazione nell'ambito della sentenza. Tale decisione, secondo alcuni, porta all'affermazione di un principio generale: "niente scomputo, niente obbligo di gara". Così, secondo il Consiglio di Stato (sentenza n. 3967/2015) se manca lo scambio patrimoniale tra la parte pubblica e privata (il privato quale soggetto attuatore si impegna ad eseguire opere in aggiunta agli ordinari oneri), mancando la controprestazione generatrice del c.d. scomputo di oneri, non vi è obbligo di gara ad evidenza pubblica e neanche di inserimento nel programma triennale delle opere pubbliche. Secondo altri invece si tratta pur sempre di lavori pubblici, in quanto destinati a confluire nel patrimonio pubblico, la cui realizzazione avviene perché vi è stata una contrattazione, non limitata agli oneri di urbanizzazione, ma ad un contenimento tra interessi pubblici e interessi privati, in base al quale il Comune concede qualcosa che è nella propria disponibilità in cambio della realizzazione delle opere. Ora nel nuovo

Codice occorre capire se tali opere, che eccedono l'importo degli oneri di urbanizzazione, rientrano nell'art. 1 Codice oppure nell'art. 20 relativo alle opere eseguite gratuitamente.

Si ricorda l'obbligo imposto con il comunicato AVCP 21.7.2010 (www.anticorruzione.it): le amministrazioni che concedono il permesso di costruire sono tenute a trasmettere all'ANAC i dati identificativi dei soggetti titolari di tale permesso, nel caso in cui allo stesso acceda una convenzione, o altro accordo, sulla realizzazione di opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione.

Le eventuali controversie in merito all'affidamento delle opere di urbanizzazione rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo.

1. La normativa

Le opere di urbanizzazione a scomputo di oneri sono disciplinate all'art. 1 cc. 2 e 3 Codice il quale, nell'elencare i contratti a cui si applica la normativa stessa, prevede, tra gli altri: *“lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001, e dell'articolo 28, comma 5 della legge n. 1150/1942 ovvero eseguono le relative opere in regime di convenzione. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire o altro titolo abilitativo può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il titolo presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del suddetto titolo, un progetto di fattibilità tecnica ed economica 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 di fattibilità tecnica ed economica, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 60 o 61. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per i costi della sicurezza”*.

A tali opere di urbanizzazione non si applicano gli artt. 21 relativamente alla programmazione dei lavori pubblici, 70 (Avvisi di preinformazione) e 113 (Incentivi per funzioni tecniche). In relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano esclusivamente le norme che disciplinano il collaudo.

Con questo articolo (come già nel vecchio Codice) è stata recepita la sentenza comunitaria.

Per le opere di urbanizzazione sotto soglia comunitaria, l'art. 36 c. 3 Codice prevede il ricorso alle stesse procedure previste per i lavori pubblici banditi dalle pubbliche amministrazioni, ossia affidamento diretto per importi inferiori a 40.000 euro, gara informale con invito a 10 per importi inferiori a 150.000 euro e con invito a 15 per importi dai 150.000 e inferiore al milione; oltre tale importo si fa ricorso alle procedure ordinarie.

Per le opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia comunitaria, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, il comma 4 prosegue prevedendo l'applicazione dell'art. 16, comma 2-bis, del D.P.R. n. 380/2001, ossia tali opere possono essere eseguite direttamente dal titolare del permesso di costruire (TPC) e in questo caso non si applica il Codice; resta da capire se “essere eseguite direttamente dal titolare del permesso di costruire” significa che devono essere eseguite direttamente dal lottizzante (nel caso sia un'impresa costruttrice) oppure nel senso che il lottizzante non richiede alla P.A. di fare la gara (e può farle eseguire ad un terzo scelto con le norme privatistiche).

2. Oggetto

Le opere di urbanizzazione sono da ritenersi pubbliche sin dall'origine anche se eseguite su proprietà privata e se formalmente di proprietà privata prima del passaggio al patrimonio pubblico; la realizzazione delle opere in luogo del loro pagamento conferma la natura patrimoniale del contratto o della convenzione, con riflessi sui pubblici interessi.

Il soggetto privato, in qualità di S.A., è esclusivo responsabile della progettazione, affidamento ed esecuzione delle opere di urbanizzazione, fermi restando i poteri di vigilanza e controllo che spettano alla P.A. (controllo che consiste, tra l'altro, nell'approvazione del progetto e delle eventuali varianti).

L'art. 1 c. 2 lett. e) Codice prevede l'applicazione del Codice stesso anche per l'esecuzione delle opere di urbanizzazione in regime di convenzione. Quindi oggi sono soggette al Codice non solo le opere a scomputo ma tutte le opere di urbanizzazione, se attengono agli strumenti urbanistici. Tale linea di pensiero era già fatta propria in vigenza del vecchio Codice dall'allora AVCP (determina n. 4/2008): sono soggetti alla legislazione sui lavori pubblici anche i piani urbanistici e gli accordi convenzionali, comunque denominati, stipulati tra Pubbliche amministra-

zioni e privati (c.d. accordi complessi, ivi compresi gli accordi di programma quali i piani di riqualificazione urbana ex legge n. 493/1993 e i piani integrati di intervento ex legge n. 179/1992) che prevedono la realizzazione di opere destinate ad essere acquisite al patrimonio comunale, se non son stati stipulati a seguito di procedura di evidenza pubblica (determinazione AVCP 7/2009). Nella stessa direzione anche il parere AVCP n. 32/2011: *le opere di urbanizzazione sono "corrispettivi di diritto pubblico" dovuti in ragione dell'obbligo del privato di partecipare ai costi delle opere di trasformazione del territorio; sono calcolati sulla base di tabelle che la Regione definisce per classi di Comuni, stabiliti con deliberazione del Consiglio Comunale in base alle tabelle parametriche definite dalla Regione; non sussiste uno stretto rapporto di sinallagmaticità con il valore delle opere da realizzare. Laddove in un accordo ex art. 11 legge 241/1990 (o altro accordo) siano previsti interventi, il cui valore ecceda il costo delle opere di urbanizzazione scomputate al privato e calcolate nell'accordo medesimo, ma pur sempre qualitativamente ascrivibili alla categoria delle opere di urbanizzazione come specificate dalla normativa statale e regionale di settore, non vi sono sufficienti motivi per ritenere che tali opere siano sottratte alla disciplina del Codice, trattandosi in ogni caso di opere contemplate nell'accordo fondato sulla causa della computazione e, per tale ragione, attratte alla disciplina pubblicistica.*

Questi pronunciamenti valgono a maggior ragione oggi che la disciplina normativa è modificata.

L'ANAC nella delibera n. 763/2016 sostiene che la disciplina in merito ai lavori eseguiti gratuitamente (art. 20 Codice) non trova applicazione nel caso in cui la convenzione (nella fattispecie un accordo di programma complesso) stipulata tra l'Amministrazione e il privato ha ad oggetto la realizzazione di opere pubbliche in cambio del riconoscimento di un'utilità, in quanto la convenzione ha in questo caso un carattere oneroso. Altro caso è costituito dalla esecuzione realmente gratuita: in questo caso si applica l'art. 20 Codice al quale si rinvia.

Esulano dalla normativa sopra illustrata le ipotesi in cui la scelta del soggetto con il quale concludere la convenzione urbanistica non discenda da una proposta autonoma del privato interessato, ma derivi da un reale e previo confronto concorrenziale posto in essere dal Comune, con la fissazione dei criteri di scelta del privato contraente, accompagnato dalla richiesta dei prescritti requisiti di qualificazione per l'esecuzione dei lavori, in quanto in questo caso il principio della concorrenza è stato assolto a monte; ne consegue che il soggetto prescelto a conclusione

del confronto concorrenziale potrà eseguire in proprio l'intervento che ha proposto.

In generale possono essere portate a scomputo tutte le voci che, secondo quanto previsto all'art. 16 Regolamento, rientrano nelle somme a disposizione della S.A, tra i quali vi rientrano gli oneri per la progettazione.

Residua da capire la destinazione del ribasso ottenuto in sede di gara: molte incertezze erano nate in merito all'eventuale ribasso e si era optato per dire che potrà competere al privato purché a seguito di tale ribasso l'importo delle opere di urbanizzazione non scenda sotto i valori tabellari degli oneri di urbanizzazione (deliberazione Corte dei conti sezione regionale Veneto n. 94/2010 che precisa la precedente deliberazione 148/2009).

3. Importo lavori

Per stabilire come scegliere l'esecutore delle opere di urbanizzazione a scomputo occorre innanzitutto determinare l'importo delle opere, in quanto questo determina il tipo di gara da effettuare (sopra o sotto la soglia comunitaria, procedura aperta oppure negoziata) ed anche i requisiti da richiedere (sopra o sotto la soglia dei 150.000 euro). Per le opere di urbanizzazione primaria funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio la determinazione dell'importo è ancora più importante perché, se l'importo è inferiore alla soglia comunitaria, possono essere realizzate direttamente dal TPC e in questo caso sono escluse in toto dall'applicazione del Codice. Anche per le opere di urbanizzazione a scomputo si applica il metodo di calcolo fissato dall'art. 35 c. 9 del Codice (suddivisione in lotti); in questo senso è stato modificato l'art. 36 c. 4 Codice, probabilmente per recepire quanto già affermato dalla Commissione Europea (Ref. Ares(2013)1257000 - 22.5.2013) e quindi si deve ritenere superata la deliberazione n. 46/2012 dell'allora AVCP.

Nello stesso senso vige poi il principio che non si possono frazionare le opere per fare una gara informale anziché una procedura aperta o ristretta (CGE decisione n. C-412/2004 del 21.2.2008 e AVCP determinazione n. 7/2009); in questo caso si deve ora ritenere superata la circolare n. 462/2001 del Ministero relativamente a questo punto.

Occorre pertanto determinare l'importo delle opere, sommando l'importo delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria. Poi l'affidamento potrà essere suddiviso in più procedure, ad esempio tra opere di urbanizzazione primaria e secondaria, in quanto so-

litamente hanno tempi di realizzazione diversi: quelle primarie seguono l'andamento delle lottizzazioni, mentre quelle secondarie hanno un andamento separato; quelle primarie sono eseguite normalmente da imprese qualificate nelle categorie OG3 (opere stradali) e OG6 (reti idriche e simili) mentre quelle secondarie da imprese qualificate nella OG1 (opere civili). Non potrà essere considerato "artificioso frazionamento" in quanto non vi è elusione delle normative comunitarie in materia di affidamento.

4. Modalità di affidamento

Le opere di urbanizzazione soggette al Codice possono essere realizzate secondo diverse modalità:

1. le opere di urbanizzazione vengono progettate, affidate e realizzate dalla P.A a propria cura e spese ed il lottizzante versa gli oneri di urbanizzazione. L'affidamento avviene con procedura aperta o ristretta o negoziata, secondo le ordinarie regole. Questa modalità resta sempre una strada praticabile; ad essa si applicano le normali regole per la realizzazione dei lavori pubblici (anche in tema di programmazione). In tal caso non ci sono dubbi sull'obbligo di applicazione integrale del Codice, compresa la disciplina inerente l'esecuzione. Il TPC può partecipare alla gara applicando le ordinarie regole e, quindi, dimostrando di non avere un vantaggio competitivo. Alcuni sostengono che addirittura gli interi oneri (e non solo quelli a scomputo) potrebbero essere posti a carico del TPC, facendo leva sull'art. 28, c. 5, legge n. 1150/1942 che pone a carico del TPC gli oneri relativi alle opere di urbanizzazione. Questa modalità di realizzazione esula dal tema delle opere di urbanizzazione a scomputo di oneri, per essere ricondotta alle normali regole di affidamento dei lavori pubblici;

2. le opere di urbanizzazione vengono progettate dal TPC ed anche la gara per l'affidamento dei lavori viene svolta dal TPC. Si applicano le norme pubblicistiche per l'affidamento e le norme di diritto privato per l'esecuzione. Possono essere utilizzate tutte le procedure previste per il sopra soglia e quindi si possono utilizzare sicuramente quella aperta o ristretta, ma anche le procedure competitive o negoziate senza previa pubblicazione del bando, nel caso ne ricorrano i presupposti. Nel caso di importo sotto soglia si applicano le stesse procedure già viste per i lavori pubblici.

Il TPC non può partecipare alla gara, aperta o ristretta o negoziata, per evidenti ragioni di conflitto di interessi tra il ruolo di S.A e di concorrente alla gara. Non

può partecipare neanche tramite una partecipazione indiretta attraverso soggetti con i quali sussistano rapporti di controllo tali da configurare un unico centro decisionale, in quanto anche in questo caso si confonderebbero in unico soggetto i ruoli di S.A e di concorrente alla gara; rimane il dubbio che la partecipazione di questi soggetti sia possibile qualora dimostrino di avere formulato l'offerta autonomamente.

La gara può avvenire secondo le ordinarie modalità previste per la P.A, quindi sulla base del progetto esecutivo.

Il contenuto del contratto di appalto è determinato secondo le norme del diritto civile, restando ammissibile il rinvio alla disciplina pubblicistica dell'appalto di lavori pubblici, almeno con riguardo alle varianti e alle garanzie (determinazione AVCP 7/2009). Il contratto è stipulato dal TPC.

Il contratto deve essere coerente con lo schema di contratto; in particolare non si possono introdurre clausole diverse e in contrasto con quanto previsto nel bando. Ad esempio non può introdurre la possibilità di subappaltare al 100% le SIOS, oppure, al contrario, consentire l'esecuzione diretta delle categorie a qualificazione obbligatoria anche in mancanza della relativa qualificazione. Possono invece essere comprese clausole diverse da quelle previste per la P.A se non incidono sulle regole di affidamento; ad esempio le penali per ritardo possono essere superiori al 0,1%, la cauzione definitiva può essere di importo diverso, possono essere richieste polizze indennitarie decennali anche se non rientrano nell'importo previsto dalla normativa sui lavori pubblici. In questo modo vengono tutelati sia la concorrenza, avendo messo sul mercato i lavori da eseguire, sia l'interesse della P.A alla corretta esecuzione dei lavori, tramite il collaudo;

3. le opere di urbanizzazione vengono progettate dal TPC fino al progetto (preliminare) di fattibilità tecnica ed economica; la gara viene svolta dalla P.A.

3.a) Sopra soglia comunitaria

Il TPC deve presentare alla P.A un progetto (preliminare) di fattibilità tecnica ed economica, comprensivo dello schema di contratto (che deve comprendere anche il tempo massimo di esecuzione). La gara viene svolta dalla P.A, ed ha ad oggetto la progettazione definitiva, mentre il contratto ha ad oggetto la redazione del progetto esecutivo e l'esecuzione dei lavori (quello che viene definito "appalto concorso" oppure "appalto integrato complesso"). È l'unico caso in cui è ancora ammesso l'appalto concorso, espressamente vietato per i normali appalti di lavori pubblici nei settori ordinari.

Possono essere utilizzate le procedure aperte e ristrette (rimangono escluse le procedure negoziate e competitive).

Già precedentemente (delibera AVCP 7/2009) si ammetteva la possibilità del TPC di partecipare alla gara, se non ha direttamente curato la redazione del progetto preliminare (ossia se ha semplicemente svolto il ruolo di committente di tale progettazione), ora ciò è avvalorato dagli artt. 66 e 67 Codice: il TPC dovrà dimostrare di non godere di una posizione di vantaggio competitivo.

Il contratto di appalto può essere stipulato direttamente tra TPC e appaltatore, senza intervento della P.A. (contratto a favore di terzi), soluzione preferita in quanto in tal modo i rapporti, soprattutto per il pagamento ed eventuali varianti, intercorrono direttamente tra i soggetti privati. Si evitano così problemi finanziari (e contabili) a carico del Comune e problemi fiscali di detraibilità dell’IVA. Non indifferente sul punto è infatti la conseguenza della semplificazione fiscale, con i vantaggi in termini di detraibilità dell’IVA sui lavori che può essere invocata dal privato, mentre per il Comune la questione è molto più complessa (le fatture dell’appaltatore emesse nei confronti del TPC consentono

a quest’ultimo, qualora sia un’impresa, di detrarre l’IVA, operazione invece preclusa al Comune).

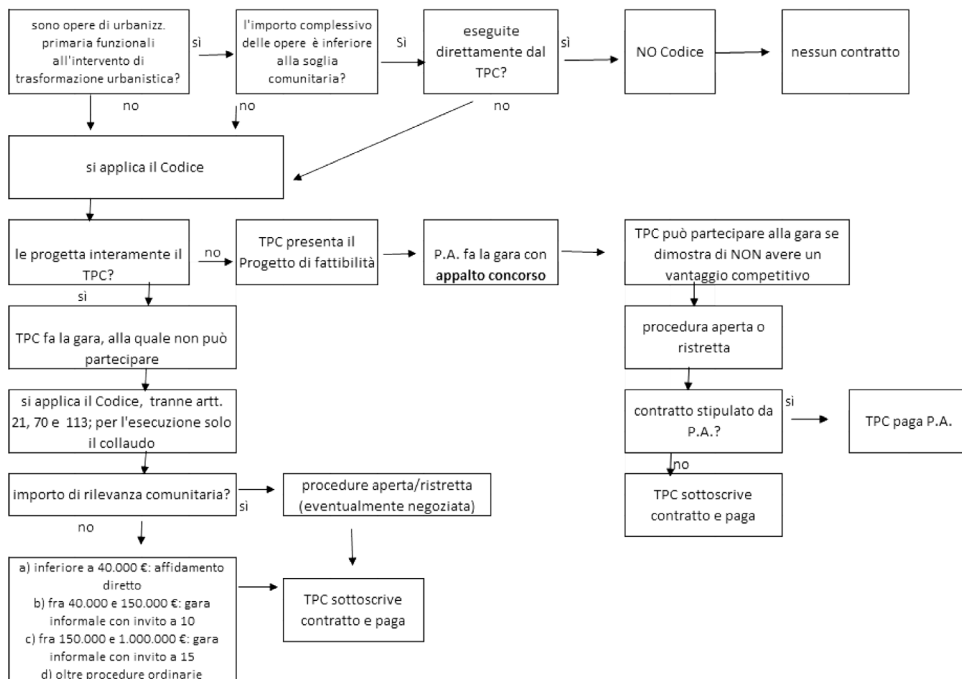
In caso contrario (contratto stipulato tra Comune ed appaltatore) occorre che la convenzione urbanistica disciplini i rapporti finanziari e contrattuali, per l’esecuzione dei lavori, tra S.A e TPC; eventualmente si può pensare ad esempio ad un contratto a 3 firme (anche del TPC, il quale si assume l’obbligo di effettuare direttamente i pagamenti all’appaltatore). Se poi il TPC e l’aggiudicatario vengono a coincidere potrebbe pure essere omessa la stipulazione del contratto.

Anche in questo caso il contratto deve essere coerente con lo schema di contratto; in particolare non può introdurre clausole diverse e in contrasto con quanto previsto nel bando; si rimanda al punto 2.

3.b) Sotto soglia comunitaria

Si applicano le stesse regole previste per i lavori sotto soglia affidati dalle pubbliche amministrazioni, ossia affidamento diretto per importi inferiori a 40.000 euro, gara informale con invito a 10 per importi inferiori a 150.000 euro e con invito a 15 per importi dai 150.000 e inferiore al milione; oltre alle procedure ordinarie.

Opere di urbanizzazione a scomputo oneri o in convenzione (art. 28 L. 1150/1942)



5. La programmazione e la contabilizzazione

Le opere di urbanizzazione a scomputo, essendo realizzate dai privati, non venivano contabilizzate nel bilancio dell'Ente e neanche apparivano all'interno del programma triennale delle opere pubbliche. Con i nuovi principi contabili c.d. di "armonizzazione", introdotti dal decreto MEF del 20-5-2015 (art. 2, comma 1, lett. b) che modifica il D.Lgs. n. 118/2011, all'allegato 4/2 - principio contabile applicato concernente la contabilità pubblica - paragrafo 3.11, è stata introdotta una radicale modifica. La ratio della disposizione è di registrare a bilancio tutte le operazioni che hanno riflessi contabili. Si riporta la parte pertinente del testo del paragrafo 3.11: «... Le entrate concernenti i permessi di costruire destinati al finanziamento delle opere a scomputo di cui al comma 2 dell'art. 16 del D.P.R. n. 380/2001, sono accertate nell'esercizio in cui avviene il rilascio del permesso e imputate all'esercizio in cui la convenzione e gli accordi prevedono la consegna e il collaudo delle opere. Anche la spesa per le opere a scomputo è registrata nell'esercizio in cui nasce l'obbligazione giuridica, ovvero nell'esercizio del rilascio del permesso e in cui sono formalizzati gli accordi e/o convenzioni che prevedono la realizzazione delle opere, con imputazione all'esercizio in cui le convenzioni e gli accordi prevedono la consegna del bene. A seguito della consegna e del collaudo, si emette il titolo di spesa, versato in quietanza di entrata del bilancio dell'ente stesso, all'entrata per permessi da costruire (trattasi di una regolazione contabile). La rappresentazione nel bilancio di previsione di entrate per permessi da costruire destinate al finanziamento di opere a scomputo è possibile solo nei casi in cui la consegna delle opere è prevista dai documenti di programmazione (DUP e Piano delle opere pubbliche)».

Pertanto le opere a scomputo oneri devono essere incluse nel programma triennale dei lavori pubblici e nel DUP (documento unico di programmazione); nel caso di opere sotto € 100.000,00, per le quali non vi è obbligo di inserimento nel programma triennale delle opere pubbliche, andranno comunque nel DUP. Tali opere devono figurare anche nel bilancio del Comune sia come entrata che come spesa (che sono ovviamente virtuali) e l'importo a bilancio sarà quello degli oneri scomputati (o scomputabili) e non il valore delle opere da realizzare (che di norma è molto più elevato degli oneri, con differenza a totale carico del convenzionato); l'entrata e la spesa sono registrate in bilancio, al momento in cui nasce

l'obbligazione giuridica (e cioè con la delibera che approva la convenzione). Al momento dell'assunzione della delibera, l'opera deve essere già prevista nel DUP e nel programma triennale delle opere pubbliche, e viene imputata all'annualità in cui si ha il collaudo finale e la consegna del bene.

6. Adempimenti collaterali

Una serie di adempimenti burocratici collaterali alla gara sono propedeutici alla gara stessa. Ad esempio è necessario assoggettare i pagamenti alla tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'art. 3 della legge n. 136/2010 (Determinazioni AVCP n. 8/2010 e 4/2011): la deliberazione AVCP 46/2012 specifica che permane l'obbligo di acquisire il CIG, ai soli fini dell'utilizzo per la tracciabilità dei flussi finanziari, anche per le opere di urbanizzazione primaria estromesse dal codice degli appalti ai sensi dell'art. 16, comma 2-bis, D.P.R. n. 380/2001 (opere di urbanizzazione primaria funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio di importo inferiore alla soglia comunitaria). All'acquisizione del CIG è correlato l'obbligo di effettuare il pagamento del contributo all'ANAC. Se le opere di urbanizzazione vengono realizzate senza gara ad evidenza pubblica il CUP deve essere richiesto dal Comune nel cui territorio è localizzato l'intervento (istruzioni presenti sul sito: http://www.cipecomitato.it/it/in_primo_piano/mip_cup/cup/richiedenti_e_progetti.html).

L'affidamento e l'esecuzione delle opere di urbanizzazione sono sottoposti alla vigilanza dell'ANAC ed i dati riguardanti l'affidamento e la realizzazione delle opere di urbanizzazione sono compresi nelle comunicazioni obbligatorie all'Osservatorio dei Contratti pubblici (Determinazione AVCP n. 7/2009) escluse le opere di urbanizzazione primaria sotto soglia funzionali all'intervento di trasformazione del territorio, per le quali non vi è l'obbligo di effettuare la comunicazione all'Osservatorio (deliberazione AVCP n. 46/2012).

Anche nel caso la gara venga svolta dal privato, gli atti devono essere compiuti per iscritto (non sempre è così nel settore privato) perché occorre dare dimostrazione al Comune di avere eseguito la gara in conformità alla legge. Infatti le funzioni di controllo sono in capo alla P.A, alla quale rimane il compito di salvaguardare il pubblico interesse. Alla P.A spetta il potere di vigilanza e controllo; tale potere si esplica attraverso l'approvazione del progetto e del collaudo delle opere facendo riferimento all'art. 1, c. 3, Codice (determinazione AVCP n. 7/2009).

Le modalità di tale controllo vanno disciplinate all'interno della convenzione urbanistica, il cui compito è regolare i rapporti tra il Comune e il TPC, ripartendo gli obblighi e le relative responsabilità. Il Comune ha l'obbligo di approvare il collaudo, azione prodromica all'acquisizione definitiva, da parte della P.A. delle opere di urbanizzazione destinate a confluire nel patrimonio pubblico (determinazione AVCP 2/2009).

Difficile è trovare le figure che, pensate per la P.A. devono essere comunque ricercate all'interno del TPC. Per quanto riguarda la figura del Responsabile di Procedimento si deve applicare la disposizione prevista dal Codice relativamente alle stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni e enti pubblici: questi individuano, secondo i propri ordinamenti, uno o più soggetti cui affidare i compiti propri del RUP, in conformità ai principi della legge n. 241/1990, limitatamente al rispetto delle norme del Codice cui sono tenuti.

L'AVCP nel parere Ag33/2011 ha specificato che anche i TPC possono usufruire della Stazione Unica Appaltante (SUA) ma senza partecipare al capitale della stessa.

A seguito del D.L. n. 69/2013 (art. 31 c. 4) prima e del Codice (art. 105 c. 9) poi, anche il TPC, in qualità di S.A privata, deve acquisire d'ufficio il DURC, sia dell'appaltatore che degli eventuali subappaltatori.

7. La cessione al Comune delle opere ed aree di urbanizzazione - regime fiscale

La cessione nei confronti del Comune di aree o di opere di urbanizzazione primaria o secondaria, a scomputo degli oneri di urbanizzazione o in esecuzione di convenzioni di lottizzazione, secondo l'art. 51 della legge n. 342/2000 non è rilevante ai fini dell'imposta sul valore aggiunto. Se effettuata in attuazione di una convenzione urbanistica, è assoggettata ad Imposta di Registro in misura fissa ed esente dalle imposte Ipo-Catastali ai sensi dell'art. 20 della legge 10/1977.

Non si applica invece l'esclusione dall'Iva prevista dal precitato art. 51 della legge n. 342/2000 se sull'area oggetto della cessione e che il Comune potrà utilizzare solo per finalità sociali o pubbliche, non è prevista la realizzazione di opere di urbanizzazione. In tal caso la cessione si considera effettuata a titolo oneroso nell'ambito di un'operazione permutativa e la base imponibile si determina secondo il valore normale del lotto (risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 140/E del 4.6.2009).

Cap. XXIV I settori speciali

Sono i settori inerenti al gas, energia termica, elettricità, acqua, porti e aeroporti, servizi postali, estrazione gas e prospezione o estrazione di carbone e di altri combustibili solidi (artt. 114-141 Codice).

Tale normativa si applica ai soggetti che:

- a) sono AA.AA o imprese pubbliche che svolgono una delle attività che rientrano nei settori speciali;
- b) non sono AA.AA o imprese pubbliche, ma annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle che rientrano nei settori speciali e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi (questi soggetti non sono previsti nei settori ordinari). Tali enti aggiudicatori devono osservare la disciplina "settori speciali" per i contratti inerenti ai settori speciali, mentre per gli altri contratti operano come fossero privati potendo seguire le regole civilistiche; questi ultimi contratti sono estranei alle direttive ed anche ai principi del Trattato (C.d.S. n. 2008/2015).

Per descrivere il quadro delle norme applicabili ai settori speciali, l'art. 114 enuclea le disposizioni di altre parti del Codice, che si applicano anche ai settori speciali (sono gli articoli che vanno dal 1 al 58 e, per l'esecuzione, gli artt. 100, 105, 106, 108 e 112 Codice). In particolare spicca la mancata applicazione dell'art. 59 c. 1 Codice e quindi è ancora possibile l'appalto integrato (affidamento della progettazione esecutiva unitamente ai lavori) o dell'appalto concorso (si rinvia ai successivi paragrafi) ed anche l'affidamento dei soli lavori sulla base del progetto definitivo.

Il principio generale nella scelta del contraente è che gli enti aggiudicatori possono affidare i lavori mediante procedure aperte, ristrette ed anche negoziate previa indizione di gara; tali procedure sono poste su un piano di perfetta equivalenza. È considerata procedura eccezionale solamente la procedura negoziata senza previa indizione di gara. La specificità delle prestazioni richieste, funzionali alla prestazione di servizi pubblici, ha condotto il legislatore a prevedere la possibilità di istituire un proprio sistema di qualificazione, garantendo adeguata pubblicità, tramite avviso dell'esistenza di tale sistema di qualificazione. La pubblicità consente a tutti i soggetti potenzialmente interessati di poter richiedere l'iscrizione al sistema stesso. I termini di presentazione delle offerte sono ridotti rispetto a quanto previsto per i settori ordinari.

Si devono poi applicare i principi generali. Ad esempio va osservata la pubblicità delle sedute nella

procedura negoziata in quanto rivolta a tutelare le esigenze di trasparenza e imparzialità che devono guidare l'attività amministrativa e che caratterizzano tutta la disciplina dell'evidenza pubblica. Va applicato anche l'istituto dell'avvalimento (art. 135 c. 3 Codice).

Anche i contratti stipulati dalle imprese pubbliche nell'ambito dei settori speciali sono soggetti all'obbligo sulla tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla legge n. 136/2010; sono esclusi i contratti di diritto privato stipulati dalle imprese pubbliche al di fuori di attività inerenti tali settori.

Si è già sopra anticipato che nei settori ordinari l'appalto è affidato esclusivamente sulla base del progetto esecutivo redatto dall'A.A. Nei settori speciali è invece rimasta la possibilità di affidare sia la progettazione che l'esecuzione dei lavori, che può essere declinata o nell'appalto integrato o nell'appalto concorso che si andranno ad esporre di seguito.

1. L'appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione lavori sulla base del progetto preliminare

La gara viene bandita sulla base di un progetto preliminare, corredato dallo schema di contratto (che deve contenere non solo la disciplina per l'esecuzione del contratto ma anche la disciplina relativa alla progettazione esecutiva), si acquisisce il progetto definitivo in sede di gara da parte dei concorrenti alla gara stessa, e si affida così congiuntamente sia la progettazione esecutiva che l'esecuzione dei lavori, cosiddetto "appalto concorso" oppure "appalto integrato complesso". Si era però evidenziato un problema di procedura: il progetto definitivo è il livello di progettazione sul quale vengono richieste tutte le autorizzazioni, i pareri ecc. previsti dalla legge. Per questo diviene importante che la stipulazione del contratto avvenga solo dopo l'acquisizione degli eventuali pareri necessari nonché dopo l'approvazione, da parte della S.A, del progetto definitivo (tale disposizione deve essere prevista nel bando unitamente alla relativa procedura); si evitano così possibili contestazioni e ricorsi nel caso il progetto non ottenga le autorizzazioni necessarie. Va poi disciplinato bene cosa succede se le Autorità preposte pongono dei divieti o prescrizioni al progetto.

Per partecipare a gare di progettazione ed esecuzione occorre avere sia i requisiti previsti per i lavori che per la progettazione. Le imprese in possesso di attestazione SOA per progettazione e costruzione possono dimostrare il possesso dei requisiti inerenti alla progettazione tramite il proprio staff di progettista,

oppure, in mancanza, devono associare o indicare un progettista.

2. L'appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo

È questo il caso di affidamento congiunto della progettazione esecutiva unitamente ai lavori, sulla base di un progetto definitivo redatto dalla S.A che viene posto a base di gara (già denominato appalto integrato). Il progetto definitivo posto a base di gara comprende anche il piano di sicurezza e di coordinamento e lo schema di contratto (che deve contenere non solo la disciplina per l'esecuzione del contratto ma anche la disciplina relativa alla progettazione esecutiva).

Secondo l'ANAC (parere n. 43/2015) in tali ipotesi l'offerta tecnica contenente proposte progettuali migliorative deve essere firmata dal professionista indicato come progettista per l'esecutivo. Secondo il Consiglio di Stato (sentenza n. 1425/2015) il progettista indicato non può fare ricorso all'avvalimento (c.d. avvalimento a cascata).

Cap. XXV

Le controversie (ricorsi) in merito alle procedure di gara

Per quanto riguarda le possibili impugnazioni del bando ed il momento in cui queste debbono avvenire, occorre distinguere tra le clausole che impediscono la partecipazione e quelle che invece attendono alle fasi di ammissione e valutazione delle offerte tecniche. Come evidenzia in modo chiaro il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria sentenza del 29.1.2003, n. 1 (ripresa da sentenza C.d.S. n. 510/2016): "devono essere immediatamente impugnate solo le clausole che stabiliscono requisiti di partecipazione mentre quelle che concernono le regole di selezione ed i criteri di aggiudicazione vanno impugnate con l'aggiudicazione". Quindi si impugna il bando se fissa delle regole che impediscono la partecipazione, negli altri casi si impugna l'aggiudicazione. Le previsioni della legge di gara da impugnare subito non concernono solo quelle in senso classico "escludenti", che prevedono requisiti soggettivi di partecipazione, ma anche le clausole afferenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico, laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta (C.d.S. 2809/2017); ad esempio qualora il bando di gara

preveda il criterio del massimo ribasso in assenza dei presupposti di legge (C.d.S. n. 2014/2017). Stessa cosa per i requisiti di capacità: se indicati in modo ben chiaro nel bando va impugnato il bando stesso e non all'esito di un provvedimento che, instaurata la gara, costituisce atto dovuto (C.d.S. n. 2977/2017). Un principio immanente al sistema giurisdizionale italiano è che ha titolo ad impugnare l'aggiudicazione solamente chi ha un interesse differenziato rispetto al mero "quisque de populo". Una sentenza innovativa della Corte di Giustizia Europea (c-689/2013 del 5/4/2016) sostiene che è sempre obbligatorio esaminare il ricorso contro l'aggiudicazione di un appalto, anche se è stato proposto da chi non avrebbe potuto partecipare alla gara; è incompatibile la regola italiana per cui si valuta soltanto il ricorso di chi è legittimato a partecipare alla gara. Resta da vedere come verrà accolta questa sentenza e, in particolare, se l'aggiudicazione debba essere impugnata solo da chi comunque ha almeno partecipato, ma poi è stato escluso. Infatti anche un concorrente escluso potrebbe avere interesse alla revoca dell'aggiudicazione mirando al rifacimento della gara. Tale sentenza è stata ripresa dal C.d.S. (sentenza n. 3708/2016): l'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente") è doveroso, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento, mentre resta compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela in subjecta materia una regola nazionale che impedisce l'esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche in via mediata e strumentale).

Dopo che con il nuovo Codice era stata anticipata la decorrenza del termine di ricorso (l'art. 29 Codice prevedeva la pubblicazione, al fine di consentire la proposizione del ricorso, nei successivi 2 giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali) è intervenuto il Correttivo secondo il quale il termine di ricorso decorre dalla pubblicazione del provvedimento che determina

le esclusioni e le ammissioni all'esito della **verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione e dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali** (da intendersi quindi quale aggiudicazione efficace), spostando quindi in avanti il termine di ricorso. Sempre nello stesso termine dei 2 giorni è pubblicata la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti.

L'art. 204 Codice demanda al Codice del processo amministrativo (CPA) l'individuazione delle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici. Le relative norme sono contenute nell'art. 120 CPA: i termini per impugnare gli atti oggetto della norma, nonché i motivi aggiunti, sono fissati in 30 giorni decorrenti dalla pubblicazione sul profilo del committente della S.A, ai sensi dell'art. 29, comma 1, Codice, o dalla pubblicazione del bando di gara o comunque dalla conoscenza dell'atto; il termine dimezzato a 30 giorni vale anche per i ricorsi contro l'esclusione dalle gare (C.d.S. n. 2444/2017).

Il decorso dei termini impugnatori decorre dalla piena conoscenza del provvedimento (e relativa motivazione), anche se acquisita con forme diverse dalla comunicazione prevista dal Codice (C.d.S. n. 119/2016). L'onere di motivazione può essere assolto attraverso la pubblicazione dei verbali di gara, l'importante è che il concorrente sia posto nelle condizioni di proporre un ricorso giurisdizionale efficace. Evidenti considerazioni di ragionevolezza impongono alla parte interessata di attivarsi una volta resa edotta dell'aggiudicazione e della relativa motivazione, se del caso mediante accesso agli atti senza tuttavia che questo strumento possa tradursi in una dilazione del termine di impugnazione (C.d.S. n. 1953/2017).

L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale.

È poi prevista la comunicazione individuale ex art. 76 Codice ma il termine dei 30 giorni decorre dalla pubblicazione sul sito del provvedimento di esclusione o di ammissione. Si potrebbe ripetere ciò che è già avvenuto a proposito del vecchio Codice: se emergono vizi riferibili ad atti diversi da quelli "comunicati" (ora: "pubblicati") il termine decorre dal giorno in cui l'interessato ha avuto piena ed effettiva conoscenza, in esito all'accesso, degli atti e delle vicende fino ad allora rimasti non noti; nel caso in cui sorga l'interesse ad impugnare atti (e/o

a censurare condotte e vizi di legittimità) conosciuti in occasione dell'accesso, il termine decadenziale breve (di trenta giorni) "slitta in avanti" (rectius: dev'essere prorogato; va incrementato) di un numero di giorni pari a quello che si è reso necessario per acquisire la piena conoscenza degli atti (delle condotte e dei profili di illegittimità) in questione, fermo restando che se la P.A rifiuta illegittimamente di consentire l'accesso, il termine non inizia a decorrere; gli atti non visionati non si consolidano ed il potere di impugnare, dell'interessato pregiudicato da tale condotta amministrativa, non si "consuma" (C.d.S. nn. 1143/2016 e 1298/2016).

Nel caso di RTC, pur se non ancora costituito, il capogruppo ha la rappresentanza esclusiva anche processuale che rende quest'ultimo unica parte necessaria del giudizio di impugnazione. Tuttavia resta ferma la legittimazione facoltativa ed ulteriore dei mandanti, derivante dal fatto che essi non perdono la loro soggettività giuridica per effetto della partecipazione al RTC (C.d.S. n. 3481/2016).

Dalla dichiarazione di illegittimità dell'aggiudicazione non consegue automaticamente la dichiarazione di inefficacia del contratto; quest'ultima deve costituire oggetto di una specifica pronuncia giurisdizionale. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto può disporre solo il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato, su domanda di parte. Se l'aggiudicazione non viene annullata la sola dichiarazione di illegittimità non elimina l'atto dal mondo giuridico e pertanto non è motivo di nullità del contratto (C.d.S. n. 1308/2016). Per quanto riguarda la quantificazione del risarcimento danni da illegittima aggiudicazione, qualora non sia possibile la reintegrazione in forma specifica, grava sul danneggiato l'onere di provare gli elementi costitutivi della diminuzione patrimoniale o di perdita di chance; la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa solo in presenza di situazione di impossibilità o di estrema difficoltà e di certezza dell'aggiudicazione e solo se il ricorrente dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi (C.d.S. n. 3650/2017).

Sempre allo scopo di deflazionare il contenzioso nella materia dei pubblici appalti il legislatore ha previsto ed inasprito (da ultimo con il D.L. n. 90/2014) la sanzione pecuniaria per "lite temeraria" con l'intento di frenare il fenomeno dell'"abuso di processo" proteggendo l'interesse generale di ridurre drasticamente il numero di ricorsi e contrastare la strumentalizzazione del processo amministrati-

vo in chiave meramente dilatoria e ostruzionistica, rendendo nel contempo più efficiente e competitivo il mercato dei contratti pubblici.

La revoca dell'aggiudicazione può avvenire solo prima della stipula del contratto, perché presupposto di essa è la diversa valutazione dell'interesse pubblico a causa di sopravvenienze. Il recesso avviene invece dopo la stipulazione del contratto, per sopravvenuti motivi di opportunità, ex art. 109 Codice. Secondo il giudice amministrativo (C.d.S. n. 1310/2017) l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione può avvenire anche dopo la stipulazione del contratto; secondo la Corte di Cassazione (sentenza n. 10705/2017) una volta stipulato il contratto nessun potere ha la P.A di risolvere lo stesso in via di autotutela e la competenza è del G.O.

1. Le controversie in merito alla valutazione dell'offerta tecnica

Nel valutare le soluzioni tecniche alternative, in riferimento ai parametri tecnici, economici e della rispondenza del progetto alle finalità da attuare, la commissione giudicatrice esercita un potere tecnico-discrezionale con il quale deve assicurare il rispetto delle linee guida fissate dall'Amministrazione nel bando.

Si dice che la discrezionalità esercitata dalla commissione giudicatrice è di tipo prettamente tecnico. Detto giudizio, caratterizzato dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dall'opinabilità dell'esito della valutazione, sfugge, in base a costante giurisprudenza, al sindacato del giudice amministrativo in sede di legittimità, laddove non vengano in rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere, sub specie di difetto di motivazione, di illogicità manifesta, di erroneità dei presupposti di fatto e di incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti.

L'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, è stata introdotta dal D.L. n. 543/1996 (art. 3). Conseguentemente, secondo principi pacifici in giurisprudenza, il giudice amministrativo ha la competenza per procedere, nell'ambito della sua giurisdizione di legittimità, alla verifica della congruità dei criteri di giudizio utilizzati dalla commissione giudicatrice e degli apprezzamenti effettuati da quest'ultima in sede di valutazione degli elaborati progettuali presentati dalle imprese concorrenti, solo quando si verifichi un caso di eccesso di potere per manifesta illogicità o contraddittorietà o incongruenza delle valutazioni.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (ora miglior rapporto qualità/prezzo) è stato caratterizzato da un'evoluzione della disciplina comunitaria ed interna, che ha introdotto alcune precise limitazioni al potere discrezionale dell'Amministrazione nell'esame delle offerte. Si tratta di forme procedurali che restringono la sfera della discrezionalità della P.A., riducendo correlativamente l'ambito del merito insindacabile, e ponendosi quali regole esterne per l'apprezzamento dell'attività amministrativa esercitata.

Il potenziamento dei mezzi istruttori utilizzabili dal giudice amministrativo ai fini del sindacato sulle valutazioni di stampo tecnico-specialistico, sancito dall'innesto della consulenza tecnica, consente il pieno e diretto accertamento dei fatti presi in esame dall'Amministrazione, ma non sino ad arrivare alla sostituzione del giudice amministrativo, per il tramite del consulente tecnico, ai giudizi di tipo tecnico formulati dall'amministrazione. Si può allora dire che il controllo del giudice amministrativo sul giudizio tecnico dell'organo amministrativo, pur se divenuto intrinseco - nel senso della possibilità di accertare direttamente i fatti e di controllare la ragionevolezza delle relative analisi, se necessario con l'applicazione delle regole specialistiche già utilizzate dalla P.A. e l'ausilio della consulenza - è rimasto un controllo debole (ossia limitato alla verifica della corretta applicazione dei criteri previsti dal bando e/o teso a sindacare la manifesta illogicità dei punteggi e/o la disparità di trattamento), ed è inammissibile una logica sostitutiva che consenta al giudice di sostituire la sua opinione all'opinione, non condivisa ma non risultante erronea, della P.A. (C.d.S. nn. 3886/2015 e 5218/2015; deliberazione ANAC n. 715/2016). Così non è possibile sollecitare una sorta di "riesame" in sede giudiziale degli aspetti dell'offerta tecnica asseritamente carenti o inadeguati in quanto impingono nella sfera riservata alla valutazione tecnico discrezionale della amministrazione sulla quale il sindacato giurisdizionale è circoscritto ai soli casi di travisamento o errore ictu oculi percepibili (C.d.S. n. 519/2017).

In effetti pretendere di rivedere a posteriori le valutazioni della commissione - e, peraltro, solo nella parte oggetto di contestazione - significa in pratica dare vita ad una nuova gara, basata su regole diverse, il che non è ammissibile. Inoltre, mentre la commissione è tenuta a leggere per intero l'offerta tecnica (il che consente di valutarne il livello complessivo) e i singoli commissari possono anche utilizzare, al riguardo, le proprie conoscenze perso-

nali della materia (la c.d. scienza privata), in sede giudiziaria vengono "selezionati" e portati all'esame del giudice solo i passaggi dell'offerta aggiudicataria recanti elementi a sostegno della tesi del ricorrente, in tal modo spezzando l'unitarietà dell'offerta.

2. *Le controversie in merito alla valutazione di congruità dell'offerta*

La giurisprudenza è sostanzialmente concorde nell'ascrivere l'attività di verifica dell'anomalia delle offerte all'ambito della discrezionalità tecnica, che utilizza nozioni e regole prevalentemente tratte da scienze tecnico-ingegneristiche ed economiche.

Riguardo al sindacato sulle valutazioni svolte dalla P.A. in tema di anomalia delle offerte, compito primario del giudice è quello di verificare se l'utilizzo delle regole tecniche sia avvenuto innanzitutto sulla base di un corretto apprezzamento del fatto, in conformità a criteri di logicità, congruità e ragionevolezza.

Deve però rilevarsi che, pur muovendo dalla medesima posizione di partenza, gli approdi giurisprudenziali non sempre sono uguali.

Vi è un filone giurisprudenziale, prevalentemente del giudice amministrativo di primo grado, che deriva da tale affermazione la conseguenza che il sindacato giurisdizionale deve intendersi limitato alla manifesta illogicità, alla incongruità della motivazione, all'errore di fatto, e cioè a profili che non vanno a scalfire la sfera di autonomia decisionale riservata in tale ambito alla potestà dell'Amministrazione; trattasi quindi del tradizionale utilizzo della tecnica di sindacato dell'atto per vizi di eccesso di potere, attraverso un controllo estrinseco dell'operato dell'Amministrazione. Si contrappone a tale filone, invece, un altro orientamento che muove dal presupposto che il giudizio sull'anomalia delle offerte non attiene al merito dell'azione amministrativa - in quanto non implica la diretta valutazione dell'interesse pubblico perseguito con l'atto impugnato - ma costituisce tipica valutazione tecnico-discrezionale che non sfugge, aprioristicamente, al sindacato del giudice amministrativo. Cosicché il giudice può limitarsi al controllo formale dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa (controllo estrinseco) se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergono elementi tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco delle indagini specialistiche, delle operazioni tecnico-valutative compiute dall'Amministrazione. Ove,

però, sia necessario ai fini della piena verifica della legittimità della statuizione gravata, tale sindacato può, anche, consistere nella verifica della attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo (controllo intrinseco). In ogni caso viene escluso che il giudice possa sostituire il proprio apprezzamento - o quello del consulente tecnico - all'apprezzamento opinabile dell'amministrazione, così da sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di illogicità formulato dall'organo amministrativo. Il controllo dell'iter logico seguito si può spingere fino a controllare l'attendibilità delle valutazioni tecniche effettuate dall'amministrazione, non certo a sostituirsi all'apprezzamento dell'amministrazione e, conseguentemente, ad ignorare che, nel campo dell'applicazione delle norme tecniche, occorre permanentemente distinguere - con rigore - fra regole tecniche infettabili e giudizi tecnici opinabili. Il Giudice Amministrativo, nel sindacare le valutazioni espresse dalla P.A in merito alle giustificazioni presentate dagli offerenti in sede di verifica delle offerte anormalmente basse, non può sostituirsi all'amministrazione effettuando un proprio giudizio di congruità, ma deve limitarsi a controllarne la motivazione, in quanto questa "permette un controllo sulla logicità della stessa", senza entrare in "determinazioni che appartengono al merito dell'azione amministrativa" (C.d.S. 3906/2017). Sotto questo angolo visuale, pertanto, non è apprezzabile il tentativo di fornire in sede giurisdizionale ulteriori giustificazioni, dovendo il sindacato di legittimità concentrarsi sulle giustificazioni presentate in sede di gara e sulla motivazione fornita dalla S.A (C.d.S. nn. 2556/2017, 211/2016, 3855/2016 e 5152/2016). Una volta poi ritenuta non dimostrata la congruità, non deve essere disposta dal G.A. l'esclusione dell'offerta sospetta di anomalia, ma solo la regressione della procedura alla fase di verifica dell'anomalia. Il G.A. deve limitarsi ad annullare l'aggiudicazione, i verbali di gara e quelli di verifica dell'anomalia delle offerte, in modo da consentire alla S.A di giungere ad un nuovo giudizio di congruità, da effettuarsi in conformità alle statuizioni poste dalla sentenza (C.d.S. 5166/2017). L'eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto già stipulato con l'impresa aggiudicataria, può essere disposta dal giudice se al momento della sentenza residua ancora un lungo periodo di esecuzione del servizio e permane la possibilità di subentro nello stesso delle altre concorrenti ma di certo non può disporre, per

effetto dell'illegittima esclusione delle offerte anomale, il risarcimento in forma specifica ordinando la stipula del nuovo contratto di appalto a favore del ricorrente (C.d.S. nn. 1465/2017 e 3623/2017).

3. *I provvedimenti in sede di autotutela e rinnovazione gara*

Può accadere che, una volta conclusa l'intera gara, oppure nel corso di essa, la S.A si accorga, di propria iniziativa, oppure su istanza di parte, oppure, ancora, su iniziativa della stessa commissione giudicatrice, di avere commesso degli errori: è principio universalmente accettato che la P.A possa annullare, in sede di autotutela, gli atti illegittimamente compiuti. Tale potere di autotutela deve essere esercitato rispettando i principi generali fissati dalla legge n. 241/1990, art. 21-nonies ossia entro 18 mesi dal provvedimento. La P.A può, anziché annullare l'intera gara, ripartire dall'ultimo atto legittimamente compiuto, il che costituisce lineare applicazione dei principi generali del diritto amministrativo e, in particolare, del principio di conservazione degli atti giuridici (C.d.S. n. 1897/2016). Costituisce affermazione pacifica in giurisprudenza che l'esigenza di rinnovare gli atti di un procedimento a causa della loro invalidità deve essere temperato con il principio di conservazione della attività legittimamente espletata, cioè non coinvolta dal vizio rilevato. Addirittura la gara può essere ripresa dall'ultimo atto legittimamente compiuto anche se una parte o tutte le offerte sono già state valutate (C.d.S. n. 1897/2016). Infatti, in base ai principi generali vigenti nel nostro sistema di diritto amministrativo e, in particolare, ai principi di economicità e di conservazione degli atti amministrativi posti in essere, si ritiene che, salvo particolari e motivate esigenze di pubblico interesse, la P.A debba mantenere ferma l'attività legittimamente posta in essere. Tale principio vale sia nel caso in cui la medesima amministrazione che ha indetto la gara intervenga con un provvedimento reso in sede di autotutela, sia allorquando sopravvenga una statuizione giurisdizionale di annullamento degli atti di gara (C.d.S. n. 1194/2006).

Sulla possibilità di annullamento parziale della gara influisce anche la procedura adottata: nel caso della procedura ristretta in cui un concorrente illegittimamente non è stato ammesso e pertanto non è stato invitato a presentare offerta, non è possibile ripartire invitandolo a presentare la propria offerta, quando sono già state aperte le altre offerte. Influi-

sce anche il tipo di errore; ad esempio vi è l'esigenza di rinnovare le operazioni di gara a partire dalla presentazione delle offerte se un criterio di aggiudicazione è annullato (C.d.S. sentenza n. 6837/2007). Naturalmente i rimedi e le conseguenze sono diversi a seconda del tipo di errore e del momento in cui si prende coscienza di ciò. Le difficoltà sono minori se si tratta di sottrarre un concorrente, ossia escludere un concorrente che è stato illegittimamente ammesso alla gara, anche se è già stato valutato. Maggiori difficoltà sussistono nel caso debba essere ammesso un concorrente precedentemente escluso nella gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (rectius: miglior rapporto qualità/prezzo), soprattutto se le buste economiche (degli altri concorrenti) sono già state aperte e se l'errore in questione è avvenuto prima della valutazione delle offerte tecniche, perché ciò implica una valutazione postuma delle offerte tecniche a buste economiche già conosciute. A fronte di sentenze del Consiglio di Stato contraddittorie è intervenuta la sentenza n. 30/2012 resa in adunanza plenaria: anche in questo caso occorre ripartire dall'ultimo atto legittimamente compiuto e quindi procedere alla sola valutazione dell'offerta illegittimamente esclusa. Ciononostante il Consiglio di Stato con la successiva sentenza n. 3841/2013 ha riconosciuto la necessità di reindire la gara (anche con i medesimi criteri di valutazione) qualora l'aggiudicazione sia revocata quando le buste economiche sono già state aperte.

Cap. XXVI

Le controversie in merito alla fase di esecuzione del contratto

Le controversie in merito all'esecuzione del contratto rientrano nella giurisdizione del Giudice Ordinario, ora anche denominato "giudice di impresa" (tribunale delle imprese ex D.L. n. 1/2012 convertito in legge n. 27/2012).

Per ridurre il numero di ricorsi avanti il Giudice Ordinario, sono previsti altri istituti paragiustiziali.

1. La transazione (art. 208 Codice)

Le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture possono essere risolte, mediante transazione, nel rispetto delle regole poste dal codice civile, ma solo nel caso non sia possibile esperire

altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale. Si tratta di norma di chiusura, che consente di transigere le liti senza formalità, salva la necessità del parere legale interno o del funzionario più elevato in grado, per quelle di maggiore importo (ossia in cui la rinuncia o la concessione sia superiore a 100.000 euro per le forniture e i servizi e a 200.000 euro per i lavori). Quello sul quale si appunta il "favor" del legislatore è quindi uno strumento agile, alternativo e facoltativo rispetto all'accordo bonario, che costituisce rimedio ulteriore.

2. L'accordo bonario (artt. 205 Codice)

Per ridurre il contenzioso e/o accelerarne la definizione, per i lavori pubblici (con esclusione dei contratti affidati al contraente generale), qualora a seguito dell'iscrizione di riserve sui documenti contabili l'importo economico dell'opera subisca variazioni tra il 5% e il 15% dell'importo contrattuale, il DL deve informare con immediatezza il RUP, trasmettendogli la propria relazione riservata. Il RUP, acquisita anche la relazione dell'organo di collaudo (se costituito), valuta l'ammissibilità delle riserve ai fini dell'effettivo raggiungimento del limite di valore ed attiva la procedura. Il RUP entro 15 giorni può demandare il procedimento ad apposito esperto che viene scelto d'intesa con l'Esecutore tra una lista di 5 nominativi indicati dalla Camera arbitrale. Tale esperto deve formulare la proposta entro 90 giorni dalla nomina. Se il RUP non richiede la nomina dell'esperto, la proposta è formulata dal RUP stesso entro 90 giorni dalla ricezione della comunicazione da parte del DL. Le relazioni riservate del DL e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve dell'appaltatore del contratto sono escluse dal diritto di accesso.

A seguito della proposta, sia il soggetto che ha formulato le riserve sia il committente si devono pronunciare nei successivi 45 giorni, dandone comunicazione al RUP. Decorso inutilmente tale termine, ci si può avvalere dell'arbitrato o ricorrere al giudice ordinario.

La procedura per la definizione dell'accordo bonario può essere reiterata quando le riserve iscritte, ulteriori e diverse rispetto a quelle già esaminate, raggiungano nuovamente l'importo tra il 5% e il 15% dell'importo contrattuale, nell'ambito comunque di un limite massimo complessivo del 15% dell'importo del contratto.

Il procedimento di accordo bonario deve essere promosso dal RUP una volta ricevuto il certificato

di collaudo o di regolare esecuzione, indipendentemente dall'importo economico delle riserve ancora da definire.

Non possono formare oggetto di riserva gli aspetti progettuali che, ai sensi dell'art. 26 D.Lgs. n. 50/2016, sono stati oggetto di verifica.

Qualora non venga raggiunto l'accordo bonario l'impresa può instaurare un contenzioso giudiziario entro 60 giorni, a pena di decadenza.

3. *L'arbitrato (artt. 209 Codice)*

Le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, compreso il mancato raggiungimento dell'accordo bonario, possono essere deferite ad arbitri.

L'arbitrato in materia di pubblici appalti rientra nel paradigma dell'arbitrato disciplinato dal codice di procedura civile. In materia di contratti pubblici l'arbitrato è stato più volte sottoposto a critiche, tanto da proporre la soppressione, attesi gli elevati oneri economici che comportano a carico della P.A; la possibilità di giungere a transazione già costituisce una valida alternativa. Secondo l'Autorità garante, l'arbitrato danneggia la P.A; nato come mezzo per evitare i tempi imposti dalle lungaggini giudiziarie (tant'è che alcune norme lo prevedevano come obbligatorio), l'arbitrato è diventato un momento per l'esecuzione normale del contratto con soccombenza incorporata per la P.A. Per tale motivo il legislatore ha previsto che tale clausola deve essere autorizzata e motivata dall'organo di governo (art. 209, c. 3, Codice).

Ora l'arbitrato è meramente facoltativo e già il bando deve indicare se nel contratto sarà compresa la clausola compromissoria o meno. Tuttavia, anche qualora il bando preveda l'arbitrato, l'aggiudicatario può ricusare la clausola compromissoria entro 20 giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione.

In aggiunta alle ordinarie condizioni di incompatibilità previste all'art. 815 del c.p.c., non possono essere nominati arbitri coloro che hanno avuto un qualche ruolo nella progettazione o esecuzione dei lavori cui si riferisce la controversia.

La Camera arbitrale è disciplinata dall'art. 210 Codice.

Il lodo può essere impugnato, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, entro 90 giorni dalla notificazione del lodo ed entro 180 giorni dal deposito del lodo presso la Camera arbitrale.

Cap. XXVII

Le principali disposizioni introdotte nell'anno 2017

L'anno 2017 è stato caratterizzato da alcuni provvedimenti emanati in attuazione del Codice e dalle modifiche apportate al Codice da parte del Correttivo.

1. *Sintesi delle principali innovazioni introdotte dal D.M. 248/2016 "Regolamento recante individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016" del 10.11.2016 pubblicato in GURI n. 3 del 4.1.2017 ed entrato in vigore il 19.1.2017*

È stato ridefinito l'elenco delle categorie di lavorazioni SIOS (strutture impianti ed opere speciali) e delle relative declaratorie. Per le SIOS vi è l'ulteriore limite di subappalto massimo del 30% della relativa categoria, ma questo importo non è computato ai fini del raggiungimento del limite del 30% del valore dell'appalto (ossia si somma al limite complessivo e non entra nel contatore generale).

2. *Sintesi delle principali innovazioni introdotte dal D.M. 2.12.2016 "Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del D.Lgs. n. 50 del 2016" pubblicato in GURI n. 20 del 25.1.2017*

Sono state ridefinite le modalità di pubblicazione dei bandi di gara e degli esiti in attesa che venga istituita la piattaforma ANAC. Continua la pubblicità dei bandi di gara e degli esiti sui quotidiani per i lavori di importi pari o superiore a 500.000 € (un quotidiano nazionale ed uno locale se di importo inferiore alla soglia comunitaria, due se di importo comunitario) e sulla GURI. Per i servizi la pubblicazione dei bandi di gara sui quotidiani (due nazionali e due locali) avviene solo per importi superiori alla soglia comunitaria, e sulla GURI per qualsiasi importo. L'esito di gara, a seguito di procedura con bando, viene pubblicato sulla GURI, qualsiasi sia l'importo. Per i lavori di importo inferiore a € 500.000 la pubblicazione del bando (e dell'esito) avviene esclusivamente all'Albo Pretorio. Si continua

a chiedere all'aggiudicatario il rimborso delle spese sostenute per le pubblicazioni.

3. *Sintesi delle principali innovazioni introdotte dal Decreto MIT del 2.12.2016 n. 263/2016 "Regolamento recante definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, ai sensi dell'articolo 24, commi 2 e 5 del D.Lgs. n. 50/2016" pubblicato in GURI n. 36 del 13.2.2017 ed entrato in vigore il 28.2.2017*

Per garantire la presenza dei giovani professionisti viene riproposta la medesima disposizione già presente nel DPR 207/2010 ossia l'obbligo per i RTC di prevedere la presenza di almeno un giovane professionista, laureato abilitato da meno di 5 anni, quale progettista, i cui requisiti non concorrono a formare i requisiti di partecipazione. Obbligo per i RTC, le società di ingegneria e le società di professionisti di comunicare una serie di dati all'ANAC.

4. *Sintesi delle principali innovazioni introdotte dalle Linee Guida ANAC n. 4/2016 "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e gestione degli elenchi di operatori economici" pubblicate in GURI n. 274 del 23.11.2016*

Redatte ai sensi dell'art. 36 c. 7 Codice, non sono vincolanti.

Viene confermata l'inversione di priorità: al di sotto delle soglie stabilite dall'art. 36 Codice (€ 1.000.000 per i lavori e soglia comunitaria per i servizi) si affida a procedura negoziata, utilizzando le procedure "ordinarie" ossia la procedura aperta e quella ristretta solo qualora "esigenze di mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale" e "se c'è un interesse transfrontaliero certo".

Per quanto riguarda gli affidamenti sotto i 40.000 euro le linee guida richiedono comunque la dimostrazione dei requisiti di capacità previsti dalla norma, preventivamente identificati, che possono consistere nella attestazione SOA. Nulla di nuovo per quanto riguarda le indagini di mercato (pubblicazione di un avviso oppure consultazione dei cataloghi

elettronici del mercato elettronico) e gli elenchi (che devono essere aperti e la scelta può avvenire tramite criteri preventivamente individuati, anche mediante sorteggio). Per tutte le varie fasce di importo viene ribadito che l'invito all'affidatario uscente ha caratteristiche eccezionali e deve essere adeguatamente motivato avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfacimento e alle caratteristiche del mercato; resta da capire se tali previsioni siano da modificare alla luce del Correttivo.

5. *Sintesi delle principali innovazioni introdotte dalle Linee Guida ANAC n. 5/2016 "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici" pubblicate in GURI n. 283 del 3.12.2016*

Emesse in ottemperanza all'art. 78 Codice, hanno forza vincolante. L'Albo è composto di due sezioni, quella ordinaria e quella speciale (per Consip e Soggetti aggregatori regionali); potranno iscriversi professionisti, dipendenti delle AA.AA e professori universitari, in possesso dei requisiti elencati nella L.G.. La commissione interna (tranne il Presidente che è sempre esterno) è ammessa per i contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, oppure che non presentano particolare complessità (ossia gestite tramite piattaforme telematiche di negoziazione, oppure prevedono un punteggio tabellare secondo criteri basati sul principio on/off oppure sulla base di formule indicate nella documentazione di gara) e comunque sempre che nell'Albo vi sia un numero di esperti interni sufficiente a consentire il rispetto dei principi di indeterminatezza del nominativo e della rotazione della nomina. L'ANAC ha colto l'occasione per riempire il vuoto normativo che si era venuto a creare prevedendo che tutte le sedute di apertura delle buste devono essere pubbliche. Viene definita la procedura per l'individuazione dei componenti la commissione; senz'altro i tempi della procedura di scelta del contraente si dilatano in quanto la richiesta dei componenti va spedita non prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte e almeno 15 giorni prima della apertura delle buste contenenti le offerte tecniche. Questa la sequenza: ANAC ha 5 giorni per inviare la lista dei candidati alla S.A, la quale rende noto ai candidati l'elenco dei partecipanti ammessi alla gara, le date del sorteggio pubblico, di quella per la accettazione dell'incarico e della seduta pubblica delle offerte tecniche, al fine di permettere ai possibili commissari di poter valutare

l'esistenza di cause di incompatibilità o di impossibilità a svolgere l'incarico. Il rifiuto per 3 volte nel corso di un biennio alla candidatura o alla nomina per motivi diversi dall'incompatibilità comporta la cancellazione dall'Albo. L'entrata a regime dell'Albo necessita di un Regolamento ANAC e di una deliberazione per dichiarare operativo l'Albo. Per la determinazione del compenso dei Commissari è prevista l'emanazione di un DM.

6. Sintesi delle principali innovazioni introdotte dalle Linee Guida ANAC n. 6/2016 "Indicazioni dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice" pubblicate in GURI n. 2 del 3.1.2017, poi rettificata con deliberazione ANAC n. 23/2017

Non sono vincolanti secondo il parere reso dal C.d.S. (n. 2286/2017). Si occupano di stabilire quali sono le cause di esclusione ai sensi dell'art. 80 c. 5 lett. c) "illeciti professionali gravi" tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento. Essi possono così sintetizzarsi:

- significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto purchè non contestate in giudizio, ovvero confermate all'esito di un giudizio;
- gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara;
- altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico.

Tali illeciti rilevano quando riferiti all'operatore economico oppure ai soggetti individuati dall'art. 80 c. 3 Codice (ossia in primis il legale rappresentante) quando trattasi di reati; al verificarsi di tali situazioni la S.A deve instaurare un contraddittorio e dare la possibilità al concorrente di dimostrare di aver adottato, prima della scadenza del bando, misure di self-cleaning, ossia di aver adottato misure idonee a dimostrare la sua integrità e affidabilità (ad esempio aver risarcito o essersi concretamente impegnato a risarcire il danno causato dall'illecito). La S.A deve comunicare all'ANAC i provvedimenti rilevanti (esclusione dalla gara oppure risoluzione del contratto) ai fini dell'iscrizione nel Casellario Informatico, dopodichè può scattare per l'operatore

economico il periodo di esclusione per un massimo di 3 anni dalla data di annotazione.

7. Sintesi delle principali innovazioni introdotte dal D.Lgs. n. 56/2017 del 19.4.2017, "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50" pubblicato in GURI n. 103 del 5.5.2017, entrato in vigore il 20.5.2017 (c.d. "Correttivo")

Tante sono le modifiche apportate al Codice. Di seguito sono riportate le più importanti.

Art. 3: Vengono inserite le definizioni di lavori di categoria prevalente e scorporabile, manutenzione ordinaria e straordinaria; specificato maggiormente la definizione di rischio operativo.

Art. 23 c. 3-bis: È prevista una progettazione semplificata degli interventi di manutenzione ordinaria fino a 2/M di euro, subordinata all'emanazione di un DM.

Art. 23 c. 5: Il progetto di fattibilità può essere sdoppiato in due fasi successive.

Art. 23 c. 16: Nei contratti di lavori la S.A, al fine di determinare l'importo da mettere a base di gara, individua nel progetto i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nelle tabelle ministeriali. Ritornano i prezzari regionali che devono essere aggiornati ogni anno.

Art. 24 c. 8: Per l'affidamento della progettazione è obbligatorio utilizzare il DM Ministero della giustizia del 17.6.2016 (tabella dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni di progettazione). Il compenso non può essere subordinato al finanziamento dell'opera.

Art. 24 c. 8-ter: Non è possibile affidare i servizi di ingegneria e architettura con forme di sponsorizzazione, ad eccezione dei contratti relativi a beni culturali.

Art. 27: Gli Enti gestori devono elaborare, a spese del soggetto aggiudicatore, il progetto di risoluzione delle interferenze.

Art. 29 c. 1: Il termine per impugnare l'aggiudicazione decorre dal momento della pubblicazione dell'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione (requisiti morali e di capacità) e della loro effettiva disponibilità per i concorrenti.

Art. 32: Il computo metrico estimativo fa sempre parte del contratto.

Art. 34: I criteri ambientali minimi sono obbligatori anche nel sottosoglia (e devono essere applicati al 100% degli appalti).

Art. 36 c. 1: Nelle procedure negoziate occorre assicurare non solo la rotazione degli inviti ma anche la rotazione degli affidamenti.

Art. 35: È chiarito che l'importo dell'anticipo (20%) si calcola sull'importo di aggiudicazione e non sul valore stimato dell'appalto.

Art. 36 c. 2: È aumentato il numero degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata dei lavori: 10 per importi pari o superiore a € 40.000 e inferiore a € 150.000, 15 per importi superiori (fino al milione di euro; oltre occorre la procedura aperta). L'affidamento infra 40.000 € è stato apparentemente notevolmente semplificato, non richiedendosi più la richiesta di altri preventivi e neanche la motivazione; si rammenta tuttavia che la richiesta di più preventivi è senz'altro consigliata al fine di rispettare i principi di economicità, stessa cosa per la motivazione in ossequio al principio generale di motivazione degli atti amministrativi.

Art. 47: Maggiori spazi per i consorzi stabili, i quali stabilizzano la possibilità di cumulare i requisiti del consorzio con quelli dei consorziati designati (ed anche degli altri consorziati, tramite avvalimento), prima ammesso come misura temporanea per i primi 5 anni.

Art. 50: Le clausole sociali di stabilità occupazionale sono divenute obbligatorie per le gare a livello comunitario ad alta intensità di manodopera (ossia il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto), facoltative per quelle sotto soglia.

Art. 58: È sparito il sorteggio per la verifica del 10% dei concorrenti ammessi anche nelle procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione.

Art. 59: Timida reintroduzione dell'appalto integrato (affidamento della progettazione esecutiva unitamente alla realizzazione dei relativi lavori): per i lavori ad alta componente tecnologica o innovativi, da motivare, e, come misura temporanea (art. 216 c. 4-bis), per i progetti definitivi che erano già stati approvati prima dell'entrata in vigore del Codice se la pubblicazione del bando avviene entro il 19-5-2018. Fino alla emanazione del DM che, ai sensi dell'art. 83 c. 2 Codice detterà le nuove regole di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici, si pone il problema di quale tipo di qualificazione debbano possedere i concorrenti all'appalto integrato.

Art. 77: Pare che il RUP possa far parte della commissione giudicatrice. Il condizionale è d'obbligo in quanto il correttivo, nel tentativo di fare chiarezza

(ossia rendere obbligatoria la commissione giudicatrice non solo per il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, ma anche per il miglior rapporto costi/benefici) ha ingenerato maggior confusione. Seguendo alla lettera il nuovo articolo pare che la commissione giudicatrice sia sempre obbligatoria, anche per il prezzo più basso. Ed il RUP può fare parte della commissione di gara (e non della commissione giudicatrice). Quando sarà attivo l'Albo dei commissari, sarà possibile la commissione interna per lavori inferiori al milione di euro, ma il presidente sarà sempre esterno.

Art. 83 c. 9: È stato tolto il pagamento della sanzione nel caso di applicazione del soccorso istruttorio.

Art. 85: Soppeso l'obbligo di verificare il possesso dei requisiti anche sul concorrente secondo in graduatoria.

Art. 89 c. 9: Nel caso di avvalimento il RUP deve accertare nel corso di esecuzione del contratto che le prestazioni siano svolte dalle risorse umane e strumentali dell'ausiliario, pena la risoluzione del contratto.

Art. 93: Possibilità di non richiedere la garanzia provvisoria (e la garanzia definitiva) per gli affidamenti infra 40.000 euro. Facilitazioni per le micro-piccole-medie imprese: riduzione delle garanzie e possibilità di non presentare l'impegno del fidejussore al rilascio della garanzia definitiva. Le riduzioni si applicano sull'importo che risulta dalla riduzione precedente.

Art. 95 c. 4: È possibile l'affidamento dei lavori secondo il criterio del prezzo più basso per importi inferiori a 2/M di euro (era la metà) a condizione che l'affidamento avvenga sulla base di un progetto esecutivo e con procedure ordinarie (anche la procedura negoziata rientra nelle procedure ordinarie come spiegato dall'ANAC nella lettera prot. n 84346 del 23 giugno 2017).

Art. 95 c. 10: Ritorna la regola per cui nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera (ad esclusione dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'art. 36 c. 2 lett. a) ossia infra 40.000 euro) e la S.A deve verificare che il costo del personale non è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle ministeriali di cui all'art. 23. Si rende necessario pertanto, prima dell'aggiudicazione, verificare il rispetto di tale norma, indipendentemente dal fatto che l'offerta risulti anomala.

Art. 95 c. 10-bis: Il punteggio economico non può superare i 30 punti (nel miglior rapporto qualità/prezzo).

Art. 95 c. 14-bis: Non è possibile attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo posto a base di gara.

Art. 97: Il calcolo della soglia di anomalia nelle offerte al minor prezzo viene effettuato solamente ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a 5; vengono riscritti i 5 metodi di calcolo.

Art. 105 c. 3 lett. c-bis): Viene introdotta una nuova categoria di esclusione dalla fattispecie del subappalto, ossia le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore all'indizione della gara; non è stato chiarito come si fa a provare che il contratto sia stato sottoscritto prima e se occorre verificare in capo a questi soggetti il possesso dei requisiti (moralì e di capacità).

Art. 105 c. 4: Non è più possibile subappaltare a chi ha partecipato alla gara (disposizione già contenuta nei protocolli di legalità o patti di integrità).

Art. 105 c. 6: È obbligatoria la terna dei subappaltatori per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria oppure, indipendentemente dall'importo, riguardino le attività maggiormente esposte al rischio di infiltrazione mafiosa (elencate nell'art. 1 c. 53 L. 190/2012).

Art. 106 c. 2: Le varianti per errore progettuale sono ammesse solamente se inferiori ad entrambi i seguenti valori: soglia comunitaria e 10% del valore iniziale del contratto.

Art. 113-bis: Il termine per l'emissione del certificato di pagamento relativo agli acconti è di 30 giorni decorrenti dall'adozione di ogni stato di avanzamento dei lavori, salvo che sia diversamente ed espressamente concordato dalle parti e previsto nella documentazione di gara e purché ciò non sia gravemente iniquo per il creditore (comma 586, legge n. 205/2017). In generale il tema dei pagamenti è ricondotto alla norma generale (art. 4 D.Lgs. 231/2002) ossia 30 giorni, massimo 60 per le pubbliche amministrazioni, quando ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche.

Art. 142: Sono estesi ai servizi sociali e altri servizi specifici una serie di norme che valgono per i servizi interamente soggetti al Codice.

Art. 148: Per i lavori su beni culturali il criterio del prezzo più basso è ammesso solo per importo inferiore a 500.000 €.

Art. 152: Introdotta l'obbligo di affidare l'incarico al vincitore del concorso di progettazione se la S.A. non sviluppa internamente il progetto.

Art. 163: Gli interventi di somma urgenza sono ap-

plicabili anche per tutelare l'incolumità privata, entro il termine di 15 giorni dall'evento ovvero entro il termine stabilito nella declaratoria dello stato di emergenza. Norme precise sono introdotte per assicurare che il contraente sia in possesso dei requisiti necessari per gli affidamenti dei contratti pubblici.

Artt. 165 e 180: Nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato il tetto massimo del contributo pubblico viene elevato dal 30% al 49%. La stipulazione del contratto avviene solo dopo che è stato approvato il progetto definitivo.

Art. 211 c. 2: Soppeso il potere di raccomandazione vincolante e con sanzione già in capo all'ANAC, poi sostituito, dal D.L. 50/2017, con il potere dell'ANAC di impugnare i bandi e le aggiudicazioni oppure di invitare la S.A. a rivedere i propri atti con conseguente ricorso al giudice in caso la S.A. non si conformi (cc. 1-bis e 1-ter).

Art. 216 c. 4: Per i contratti di lavori di manutenzione (ad esclusione degli interventi che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere) si può prescindere dalla redazione del progetto esecutivo.

Art. 216 c. 27-septies: È stata reintrodotta la norma già prevista nel vecchio Codice per cui i tecnici diplomati che siano stati in servizio in profilo professionale tecnico da almeno 5 anni presso l'A.A. alla data di entrata in vigore della L. 415/1998 possono firmare i progetti anche in assenza dell'abilitazione.

A seguito del D.Lgs. 56/2017 sono state riviste le L.G. n. 3 (RUP) e n. 6 (cause di esclusione per gravi illeciti professionali) e vanno riviste le L.G. n. 1 (affidamento servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria).

8. *Sintesi delle principali innovazioni introdotte dal D.M. 22.8.2017 n. 154/2017 "Regolamento concernente gli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali tutelati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42" pubblicato in GURI n. 252 del 27.10.2017 ed entrato in vigore l'11.11.2017*

È stato emanato ai sensi dell'art. 146 c. 4 Codice, e richiamato dagli artt. 147 c. 1, 148 c. 7 e 150 c. 2 Codice. Sono state ridefinite le regole in merito agli interventi sui beni culturali (categorie SOA: OG2, OS2-A, OS2-B, OS24 e OS25):

- livelli di progettazione,
- contenuti dei progetti (ma soltanto a partire dall'emanazione del decreto che definirà i documenti inerenti i progetti),

• requisiti necessari per la qualificazione degli esecutori; ai sensi dell'art. 146 c. 2 Codice i certificati di esecuzione dei beni culturali tutelati ai sensi del D.Lgs. 42/2004 non sono condizionati da criteri di validità temporale (l'art. 7 precisa che va rispettato il principio di continuità, senza però declinare come viene inteso, oppure deve rimanere invariata la direzione tecnica).

L'affidamento dei lavori avviene di regola sulla base del progetto esecutivo; può essere omesso nei casi in cui, a giudizio del RUP, la natura e le caratteristiche del bene ovvero il suo stato di conservazione, sono tali da non consentire l'esecuzione di analisi e rilievi esaustivi (e l'impresa esecutrice dei lavori dovrà sottoporre al RUP la documentazione riguardante la progettazione integrativa, che viene approvata dalla S.A.). Importante semplificazione per quanto riguarda la progettazione dei lavori di manutenzione: non sono necessari i tre livelli di progettazione, è sufficiente una perizia di spesa. Viene precisato che il RUP può disporre motivatamente che la verifica riguardi soltanto il livello di progettazione posto a base di gara. Abroga il DM 294/2000 e le norme del Regolamento relative alla progettazione (artt. da 239 a 248) e alla fase esecutiva (art. 251), dei quali mutua in buona parte la disciplina.

9. Sintesi delle principali innovazioni introdotte dall'“Aggiornamento al D.Lgs. 56/2017 delle Linee Guida ANAC n. 3” pubblicato in GURI n. 260 del 7.11.2017 ed entrato in vigore il 22.11.2017

A seguito dell'entrata in vigore del Correttivo l'ANAC ha rivisto le L.G. n. 3/2016, le quali risultano ora vincolanti, anche se limitatamente alle AA.AA. È ora previsto che il RUP deve essere un dirigente oppure un dipendente con funzioni direttive oppure, in caso di carenza in organico, uno dei dipendenti in servizio con analoghe caratteristiche. I requisiti (titoli di studio e/o anzianità di servizio) posseduti dal RUP sono graduati in cinque classi (a fronte delle 3 ante Aggiornamento) a seconda dell'importo dell'opera; una particolare semplificazione per i lavori al di sotto dei 150.000 €. Sono stati specificati alcuni compiti aggiuntivi (in merito all'acquisizione del CIG e alle comunicazioni all'Osservatorio). È stata rafforzata la possibilità del RUP di far parte della Commissione di gara (rectius: giudicatrice). In merito alla possibilità del RUP di essere anche progettista o direttore dei lavori, l'ANAC ricorda che è possibile solo se non ha svolto anche la verifica (ad essere precisi: validazione, ma questo desta perplessità...).

10. Sintesi delle principali innovazioni introdotte dall'“Aggiornamento al D.Lgs. 56/2017 delle Linee Guida ANAC n. 6” pubblicato in GURI n. 260 del 7.11.2017 ed entrato in vigore il 22.11.2017

A seguito dell'entrata in vigore del Correttivo l'ANAC ha rivisto le L.G. n. 6/2016, in merito alle cause di esclusione ai sensi dell'art. 80 c. 5 lett. c) Codice ossia per gravi illeciti professionali; cause di esclusione che continuano ad essere non automatiche e richiedono una valutazione della S.A. L'aggiornamento si è reso necessario per la modifica al c. 10 dell'art. 80 Codice secondo il quale le cause di esclusione rilevano solo per un periodo limitato che va dai 3 (se non c'è stata sentenza di condanna) ai 5 anni (se c'è stata sentenza di condanna che non fissa la durata della pena accessoria) o per la minore durata fissata dalla sentenza. Sono state elencate, ma solo a livello esemplificativo, alcune cause di esclusione: esercizio abusivo della professione, bancarotta semplice e fraudolenta, ricorso abusivo al credito, reati tributari, reati societari, delitti contro l'industria e il commercio, reati collegati alla libertà degli incanti e, per servizi attinenti l'architettura e l'ingegneria, i reati urbanistici. Con l'aggiornamento assume rilevanza anche una sentenza di primo grado per turbativa d'asta e simili (artt. 353, 353-bis, 354, 355 e 356 c.p.) non ancora definitiva (se fosse definitiva ricadrebbe nelle cause di esclusione automatica ex lett. b); è stato specificato inoltre che l'applicazione di penali rileva solo se supera l'1% dell'importo del contratto. Essendo cause di esclusione non automatiche il concorrente nel DGUE deve dichiarare tutte le cause ostative ed anche le misure di self-cleaning adottate, e deve poi essere instaurato un contraddittorio; la decisione deve essere motivata.

11. Sintesi delle principali innovazioni introdotte dalle Linee Guida ANAC n. 8 “Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili” pubblicato in GURI n. 248 del 23.10.2017 ed entrato in vigore il 7.11.2017

Viene specificata la differenza tra un bene:

- oggetto di un diritto esclusivo: esistenza di privativie industriali (brevetto);
- infungibile: è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno.

L'esistenza di un diritto esclusivo non implica che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto

in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti. Un bene può essere sostituibile a uno soggetto a privativa industriale. Un bene può essere infungibile anche se non vi è alcun brevetto.

Scopo della S.A deve essere quello di evitare situazioni di lock-in ossia di infungibilità che nasce a seguito di decisioni passate e/o di un comportamento strategico da parte dell'operatore economico. Ad esempio nella decisione dell'impianto da acquistare, occorre evitare che il produttore imponga che i pezzi di ricambio o di consumo debbano essere quelli originali a pena di decadenza della garanzia. Per evitare tali costi di aftermarket (ossia dei costi successivi all'acquisto) una possibile soluzione sono gli appalti basati sul costo del ciclo di vita del prodotto (facile da dirsi, meno da attuarsi), oppure agire sulle specifiche tecniche mediante gare su standard (nei prodotti informatici occorre richiedere che i dati siano accessibili in qualunque momento e non solo a seguito della cessazione del contratto nonché il funzionamento dei moduli implementati, evidenziando le interfacce di ingresso e di uscita e l'algoritmo usato).

Altra strategia sono gli appalti multi-sourcing ovvero con due o più vincitori (ad esempio gli accordi quadro con più operatori economici), ma anche questo non è risolutivo perché può produrre fenomeni collusivi tra i contraenti; può inoltre produrre duplicazione di costi, soprattutto di apprendimento (learning).

Nel caso di infungibilità il Codice prevede la possibilità di affidamento diretto, ma occorre che il sacrificio alla concorrenza sia giustificato e compensato dai guadagni di efficienza. Neppure un presunto più alto livello qualitativo del servizio può considerarsi sufficiente a giustificare l'infungibilità. La S.A deve verificare l'impossibilità di ricorrere a fornitori o soluzioni alternative, attraverso consultazioni di mercato e verificare se non sia più economico passare ad altro operatore economico, anche considerando i costi di cambio fornitore (switching cost, che includono non solo i costi vivi del nuovo prodotto ma anche quelli relativi alla formazione, al superamento dell'inerzia amministrativa e ai rischi associati alla scelta). Le consultazioni preliminari (art. 66 Codice), preordinate a superare eventuali asimmetrie informative, consentono alla S.A di conoscere il mercato e le soluzioni tecniche disponibili.

Cap. XXVIII

L'esecuzione dei lavori

L'esecuzione dei lavori è disciplinata prevalentemente dal Regolamento; fortunatamente tali articoli non sono stati abrogati dal nuovo Codice, almeno non tutti; molti risulteranno abrogati solamente quando entreranno in vigore le Linee guida. Non si è quindi verificato interamente il vuoto normativo che si è venuto a creare per le forniture ed i servizi. Alcuni istituti mancano all'appello (es. la consegna di materiali da un appaltatore ad un altro, le contestazioni tra S.A e Esecutore, i sinistri alle persone e danni).

Ciò detto rimane da ricordare che, ai sensi dell'art. 30, c. 8 Codice, per quanto non espressamente previsto nel Codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni di cui alla legge n. 241/1990, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile; quindi nel silenzio della norma si dovrà fare riferimento al codice civile. Con il nuovo Codice il potere della P.A in fase di esecuzione è risultato fortemente ridimensionato, assoggettando il contratto alle normali regole del c.c. Stesso principio vale anche per la sicurezza: il cantiere di opera pubblica è assoggettato alle stesse regole del cantiere privato (ad esempio non è più previsto il piano sostitutivo del piano di sicurezza e di coordinamento). Questo rimando costituisce la ragione per la quale non sono più disciplinati dettagliatamente alcuni istituti che erano tradizionalmente presi in esame dalla normativa sui lavori pubblici. È quindi necessario ora che sia lo schema di contratto a colmare il vuoto legislativo.

1. La Direzione lavori (art. 101 Codice)

Abbiamo già avuto modo di evidenziare che il *deus ex machina* dell'opera pubblica, anche nella fase di esecuzione, è rappresentato dal RUP; egli si avvale del direttore dei lavori che viene individuato, prima dell'avvio delle procedure per l'affidamento, su proposta del RUP, e può essere coadiuvato, in relazione alla complessità dell'intervento, da uno o più direttori operativi e da ispettori di cantiere (che insieme compongono l'ufficio di direzione lavori) e che si occupa del coordinamento, della direzione e del controllo tecnico-contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento cui è preposto.

Il Coordinatore per l'esecuzione dei lavori può essere il DL, se ha i requisiti necessari previsti dal D.Lgs. n. 81/2008. In caso contrario il coordinatore per l'esecuzione dei lavori sarà uno dei direttori operativi che compongono l'ufficio della direzione dei lavori. Il coordinatore per la sicurezza deve fornire opportune informazioni sui rischi e svolgere una costante vigilanza nell'esecuzione dei lavori tramite una regolare presenza in cantiere, affinché le disposizioni date siano concretamente attuate, ma, attenzione, egli ha solamente l'alta vigilanza delle lavorazioni sottese a gestire il rischio interferenziale e non a sovrintendere, momento per momento, alla corretta applicazione delle prescrizioni e delle metodiche risultanti dal POS (Corte di Cassazione penale sentenza n. 34869/2017).

Il DL cura, in piena autonomia operativa e nell'interesse della S.A, che i lavori cui è preposto siano eseguiti a regola d'arte ed in conformità al progetto ed al contratto. In particolare egli deve:

- verificare periodicamente il possesso e la regolarità da parte dell'esecutore della documentazione relativa agli obblighi nei confronti dei dipendenti;
- controllare l'attendibilità del programma esecutivo redatto dall'esecutore, e verificare in corso d'opera il regolare svolgimento dei lavori ed il rispetto delle scadenze contrattuali;
- controllare i materiali sulla base anche del controllo quantitativo e qualitativo degli accertamenti ufficiali delle caratteristiche meccaniche come previsti dalla legge. Il DL ha la responsabilità dell'accettazione dei materiali;
- curare la costante verifica di validità del programma di manutenzione, dei manuali d'uso e dei manuali di manutenzione, in particolare a lavori ultimati (con gli eventuali aggiornamenti in conseguenza delle varianti o delle soluzioni esecutive che si sono rese necessarie in corso d'opera). Tra le somme a disposizione previste nel quadro economico c'è un apposito accantonamento a tale scopo;
- al termine dei lavori richiedere all'esecutore gli elaborati grafici dei lavori così come eseguiti (altrimenti denominati "As Built"), procedere alla loro verifica e poi, ai sensi dell'art. 15, c. 4, Regolamento (non abrogato), consegnarli, con la propria approvazione, all'Amministrazione;
- verificare, unitamente al coordinatore per l'esecuzione, che l'esecutore corrisponda gli oneri della sicurezza relativi alle prestazioni affidate in subappalto alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso

(art. 105, c. 14, Codice) segnalando al RUP l'eventuale inosservanza di tale disposizione;

- trasmettere al RUP, entro 10 giorni dall'apposizione dell'ultima riserva che fa scattare l'obbligo dell'accordo bonario, apposita comunicazione (art. 205, c. 3, Codice);
- riferire tempestivamente al RUP in merito agli eventuali gravi ritardi nell'andamento dei lavori rispetto al programma di esecuzione (art. 108, c. 4, Codice);
- segnalare al RUP i gravi inadempimenti alle obbligazioni del contratto da parte dell'esecutore (art. 108, c. 3, Codice) e successivi adempimenti;
- vigilare, unitamente al coordinatore per l'esecuzione, sull'osservanza dei piani di sicurezza.

Il DL, nell'interesse del committente, vigila sull'esecuzione dei lavori, emanando gli ordini per assicurare la corrispondenza dell'opera stessa alle prescrizioni contrattuali e agli elaborati progettuali e sorvegliandone la buona riuscita (alta sorveglianza).

Il DL è solo un ausiliare della P.A e ne assume la rappresentanza limitatamente alla materia strettamente tecnica; è responsabile, ad esempio, per non aver controllato che il materiale posto in opera è di qualità inferiore a quella prevista in progetto. L'Appaltante espleta il controllo sulla corretta esecuzione dei lavori tramite il DL, persona di fiducia del committente che deve controllare che il progetto sia eseguito nel rispetto delle indicazioni tecniche, amministrative e contabili previste dal progetto, cosicché la sua mancata denuncia della cattiva conduzione dei lavori implica l'impossibilità da parte dell'Appaltante di conoscere tempestivamente i vizi dell'opera per poter tempestivamente agire nei confronti dell'impresa (C.d.C. sentenza n. 198 del 26.6.2012).

Il controllo in fase esecutiva diventa tanto più importante con l'inserimento, al comma 9 dell'art. 89 Codice, dell'obbligo di verificare in merito all'effettivo impiego da parte del contraente delle risorse messe a disposizione dall'ausiliario, in caso di avvalimento; se l'esito è negativo si deve obbligatoriamente procedere alla risoluzione del contratto d'appalto (l'ausiliario, in assenza delle risorse dell'ausiliario, non avrebbe potuto partecipare alla gara).

Il DL ha il compito di controllare la corrispondenza dell'opera al progetto, rispondendo dell'adempimento di tale obbligo verso il committente in caso di dolo o di colpa grave, a norma dell'art. 2236 c.c. L'attività svolta dal DL è opera professionale di

obbligazione di mezzi, e cioè di comportamento, e non già di risultato, in quanto ha per oggetto la prestazione di un'opera intellettuale che non sfocia in un'opera materiale. Occorre comunque fare distinzione: il DL non progettista non deve valutare la correttezza tecnica del progetto predisposto da altri; egli non risponde insieme con l'appaltatore del risultato finale (Cassazione civ. sentenza n. 18285/2016).

Per quanto riguarda la qualifica professionale deve farsi ancora riferimento ai regolamenti per le professioni che, pur essendo datati, sono ancora in vigore. Si ricorda che la mancata osservanza delle competenze professionali integrerebbe, secondo taluni, gli estremi del delitto di abusivo esercizio della professione.

Per i geometri si fa riferimento al R.D. n. 274/1929 "Regolamento per la professione di geometra". Per quanto riguarda la competenza dei geometri in merito alla progettazione/direzione lavori delle opere in c.a. è intervenuto un chiarimento da parte del Consiglio di Stato (parere n. 2539/2015) secondo il quale, nonostante l'abrogazione dell'art. 1, R.D. n. 2229/1939, cancellato dal cosiddetto decreto taglia-leggi (D.Lgs. n. 212/2010), la competenza dei geometri per le strutture in c.a. rimane limitata e precisamente: 1) negli edifici civili in c.a. spetta agli ingegneri/architetti il compito di calcolare le strutture mentre il geometra può occuparsi della progettazione degli aspetti architettonici; ma non basta la controfirma del progetto e dei calcoli da parte di un ingegnere/architetto, ossia l'incarico non può essere affidato al geometra che si avvarrà della collaborazione dell'ingegnere/architetto, occorre che l'incarico sia affidato anche a quest'ultimo per la parte di sua competenza e sotto la sua responsabilità; 2) nelle zone sismiche il progettista capofila non può che essere l'ingegnere/architetto.

Per i periti industriali si fa riferimento al R.D. n. 275/1929 "Regolamento per la professione di perito industriale".

Per gli architetti e ingegneri si fa riferimento al R.D. n. 2537/1925. Non è chiaro se la ripartizione delle competenze professionali tra architetto e ingegnere, come delineata dal R.D. n. 2537/1925, sia venuta meno per effetto della normativa successiva, in particolare quella comunitaria (la recente sentenza C.d.S. n. 2095/2016 pare in senso negativo: un architetto non può condurre i lavori relativi ad opere idrauliche).

Nel caso di lavori concernenti beni mobili e superfici decorate di beni architettonici sottoposti alle

disposizioni di tutela dei beni culturali, l'ufficio di direzione dei lavori deve comprendere, tra gli assistenti con funzioni di direttore operativo, un soggetto con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa, in possesso di specifiche competenze coerenti con l'intervento (art. 147, c. 6, Codice e art. 22 DM 154/2017); non essendo ancora stato costituito l'Albo previsto dal D.Lgs. 42/2004 occorre fare riferimento alla norma transitoria di cui all'art. 182 del medesimo D.Lgs. 42/2004.

Per i Dottori agronomi e dottori forestali la L. 3/1976 art. 2 attribuisce la competenza della pianificazione territoriale e forestale. È regola di carattere generale che, atteso la forte specializzazione delle professioni, le competenze di ciascun ramo, almeno per i settori che li connotano maggiormente, siano esclusive e non concorrenti (C.d.S. 426/2017).

I compiti e le funzioni devoluti al DL comportano l'esercizio di poteri autoritativi nei confronti dell'esecutore; da questa affermazione ne consegue che il DL è assoggettato alla giurisdizione della Corte dei Conti e può essere chiamato a rispondere dei danni erariali in caso di dolo o colpa grave, anche se è un libero professionista privato (C.d.C. 14.4.2015, n. 350 e Cassazione civile sezioni unite n. 18691/2016); mentre restano in capo al Giudice Ordinario le controversie in merito alla responsabilità del progettista, anche se riveste pure il ruolo di DL, qualora l'errore sia riconducibile alla progettazione e non alla esecuzione dei lavori (Cassazione n. 27071/2016 del 28.12.2016).

La funzione autoritativa svolta dal DL impone che l'esplicazione del suo incarico sia preordinata, anche nel rispetto dei principi deontologici di lealtà e correttezza, esclusivamente alla salvaguardia dell'interesse pubblico ad ottenere una corretta realizzazione dell'opera. È quindi opportuno che non vi siano legami di cointeressenza tra il DL (vigilante) ed il soggetto esecutore dei lavori (vigilato). In particolare è necessario vietare al DL di intrattenere, contestualmente all'incarico di direzione lavori, rapporti professionali con l'esecutore; nel conferire l'incarico di DL occorre accertare che non vi siano tali incompatibilità.

Il potere attribuito al DL nell'ambito del cantiere non comporta che il RUP possa disinteressarsi dell'opera durante l'esecuzione. Al RUP rimane il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e prezzi determinati in coerenza con la copertura finanziaria e con i tempi di realizzazione del programma triennale (art. 31, c. 4, lett. b), del Codice e art. 9,

c. 3, lett. d, del Regolamento). Il RUP ha inoltre un compito di supervisione e vigilanza sui lavori: ai sensi dell'art. 31, c. 4, lett. d) del Codice egli segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi; accerta la libera disponibilità delle aree e degli immobili necessari; fornisce all'Amministrazione i dati e le informazioni relative alle principali fasi di svolgimento del processo attuativo. Deve inoltre verificare che gli adempimenti a carico del coordinatore per l'esecuzione dei lavori siano effettivamente svolti. Ricopre funzioni di "arbitro" qualora insorgano contestazioni tra il DL e l'esecutore nel corso dei lavori, ed ha un ruolo attivo di primo piano nel procedimento di accordo bonario. Il ruolo di RUP all'interno dell'iter realizzativo dell'opera pubblica è quello del project manager e, quindi, quello di fornire impulso al processo, anche avvalendosi di uno staff di supporto.

Si ricorda inoltre che, ai sensi dell'art. 108 c. 2, Codice, la S.A deve verificare, durante l'esecuzione dei lavori, che non sia intervenuta, nei confronti dell'esecutore, la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci. Occorre quindi che, periodicamente, il RUP effettui un controllo sul casellario informatico presso l'Osservatorio per poi procedere alla risoluzione del contratto qualora sia intervenuta la decadenza dell'attestazione SOA per tali motivi.

Da quanto sopra emerge che sia il DL che il RUP devono attentamente vigilare sull'andamento dei lavori al fine di assicurare il rispetto dei tempi e dei costi previsti nel progetto approvato dall'Amministrazione.

L'importanza dei ruoli ricoperti da entrambe le figure è testimoniata dal divieto di concentrare in un unico soggetto le figure di RUP e DL; solo per lavori di piccolo importo (inferiore a 500.000 euro) è possibile cumulare le due funzioni in un'unica figura (art. 9 c. 4 Regolamento; vedremo cosa diranno le Linee guida che devono essere emanate). Problemi si potrebbero avere ad esempio nel caso della procedura dell'accordo bonario: il RUP, figura di primo piano nell'accordo bonario, non assicura evidentemente la necessaria imparzialità di giudizio se svolge anche la funzione di DL.

Occorre pertanto definire bene i compiti e le conseguenti responsabilità tra i tre soggetti principali: RUP, DL ed appaltatore.

Proprio per chiarire i rapporti tra i tre soggetti, nel Regolamento erano previsti due atti che avevano lo scopo di impartire disposizioni, il primo dal RUP

al DL (*disposizione di servizio*) e il secondo dal DL (oppure dal RUP) all'esecutore (*ordine di servizio*). Ora questi articoli sono stati abrogati e la materia è in attesa di essere regolata da apposito Decreto MIT. L'ordine di servizio era espressione di un diritto potestativo del committente, cui corrispondeva uno stato di mera soggezione dell'esecutore. Come si può già facilmente intuire dalla terminologia "ordine di servizio" infatti, anche qualora l'esecutore contestasse l'ordine di servizio, ritenendolo non conforme ai patti contrattuali, egli non era in alcun modo legittimato ad interrompere i lavori o ad eseguirli in modo diverso da quanto gli era stato ordinato. Egli poteva solo iscrivere riserva nei modi e termini prescritti dalle norme sulla contabilità dei lavori, all'esclusivo fine della richiesta di risarcimento dei danni subiti. Ora tale articolo è stato abrogato e siamo in attesa di vedere la nuova soft law in merito che sarà emanata.

2. La consegna dei lavori

Per l'esecuzione del contratto occorre che venga consegnata l'area in cui devono essere svolti i lavori, quella che viene denominata "consegna dei lavori". Occorre pertanto convocare l'esecutore per la consegna. La comunicazione dovrà essere effettuata per tempo, per dare modo all'esecutore di presentare la documentazione necessaria: almeno 10 giorni prima della consegna dei lavori l'esecutore deve presentare la polizza assicurativa che tenga indenne la S.A da tutti i rischi di esecuzione (c.d. polizza CAR) prevista dall'art. 103 del Codice.

Manca ora tutta la disciplina di dettaglio sulle modalità di consegna dei lavori e sulla scansione dei tempi (sono stati abrogati gli articoli da 153 a 157 Regolamento); dovrà essere il contratto a disciplinare tali aspetti.

È prassi ormai consolidata che la consegna dei lavori risulti da verbale redatto in contraddittorio fra il DL e l'esecutore perché da tale data decorre il termine per il compimento dei lavori.

Con il nuovo Codice è sparita la polizza già prevista per il progettista che ha redatto il progetto esecutivo (o il progetto definitivo posto a base di gara) per la copertura del rischio di varianti per errore progettuale; ora è sufficiente la polizza di responsabilità professionale.

Con la consegna l'esecutore diventa responsabile della custodia dell'area di cantiere. La custodia del cantiere deve avvenire, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 646/1982, con soggetti in possesso di qualifi-

ca di guardia particolare giurata. Tale disposizione normativa è applicabile a tutti i rapporti d'appalto di opere pubbliche che prevedono contrattualmente la custodia a carico dell'esecutore, anche se gli atti contrattuali non specificano alcunché in ordine all'impiego di guardie particolari giurate.

Il RUP, ricoprendo anche la figura di responsabile dei lavori, deve inviare, ai sensi dell'art. 99, c. 1, D.Lgs. n. 81/2008, la notifica preliminare all'organo sanitario competente, se sussistono le condizioni che ne rendono necessario l'invio.

Con la consegna dei lavori ha inizio in senso tecnico l'esecuzione dei lavori; ad essa deve quindi conseguire l'inizio dei lavori vero e proprio. Il RUP deve accertare la data di effettivo inizio dei lavori, ai sensi dell'art. 10, c. 1, lett. t), Regolamento.

Ai sensi dell'art. 43, c. 10, Regolamento, prima dell'inizio dei lavori l'esecutore deve presentare il programma esecutivo dei lavori nel quale sono riportate, per ogni lavorazione, le previsioni circa il periodo di esecuzione nonché l'ammontare presunto parziale e progressivo dell'avanzamento dei lavori alle date contrattualmente stabilite per la liquidazione dei certificati di pagamento (nel caso il contratto d'appalto preveda che gli stati di avanzamento dei lavori siano emessi in date precise). Tale documento è importante sia prima, per programmare le uscite finanziarie che deve sostenere il Committente, sia dopo, per verificare, nel corso dei lavori, se questi stanno proseguendo secondo i tempi prefissati, ed anche, nel caso si verificino casi di sospensioni parziali, per determinare le misure dei rallentamenti.

Ai sensi dell'art. 65, c. 1, del D.P.R. n. 380/2001 le opere di conglomerato cementizio armato, normale e precompresso ed a struttura metallica, prima del loro inizio, devono essere denunciate dal costruttore allo sportello unico, che provvede a trasmettere tale denuncia al competente ufficio tecnico regionale.

La consegna dei lavori può avvenire in più volte (consegna parziale); il termine per completare le opere decorre dall'ultimo verbale di consegna parziale (art. 107 c. 5 Codice). Entro 60 giorni dalla consegna dei lavori (se l'importo dei lavori è superiore a 40.000 euro) il RUP deve inviare la comunicazione all'Osservatorio sui contratti pubblici.

Il personale occupato in cantiere deve essere munito di apposita tessera di riconoscimento corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro. Nel caso di subappalto deve essere indicato anche l'atto di auto-

rizzazione al subappalto. Tale obbligo grava anche in capo ai lavoratori autonomi; in tal caso la tessera di riconoscimento deve contenere anche l'indicazione del committente (art. 26, D.Lgs. n. 81/2008 e art. 5, legge n. 136/2010). In tal modo si rendono più agevoli le operazioni di accertamento da parte del personale ispettivo.

2.1. La consegna dei lavori in via d'urgenza

Ai sensi dell'art. 32, c. 13, del Codice, regola generale è che l'esecuzione del contratto inizi dopo la stipula del contratto, seguita, per le amministrazioni statali, dalla sua approvazione. È però ammessa la consegna dei lavori anche in pendenza della stipula del contratto, se sussistono ragioni d'urgenza, purché l'aggiudicazione sia efficace (ossia sono state compiute, ai sensi dell'art. 32, c. 7, del Codice, le verifiche circa il possesso dei prescritti requisiti). Questa precisazione comporta problemi alle stazioni appaltanti, se si considerano i tempi necessari per eseguire tutte le verifiche, in particolare per i requisiti di ordine generale previsti all'art. 80 del Codice, richieste per rendere efficace l'aggiudicazione, che non rientrano all'interno della BDNCP.

La consegna dei lavori in via d'urgenza è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinato a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari. L'urgenza che giustifica la consegna anticipata dei lavori deve essere qualificata e non generica, tale da potersi ritenere che il rinvio dell'intervento per il tempo necessario alla stipula del contratto comprometterebbe, con grave pregiudizio dell'interesse pubblico, la tempestività o l'efficacia dell'intervento stesso. Ciò sta ad indicare che l'urgenza deve essere considerata circostanza speciale ed eccezionale che rende indilazionabile l'inizio dell'esecuzione dei lavori programmati e quindi deve:

- 1) scaturire da cause impreviste ed imprevedibili;
- 2) avere carattere cogente, vale a dire essere tale da "obbligare" l'Amministrazione a provvedere senza indugio, al fine di evitare il pregiudizio per l'interesse pubblico che sicuramente scaturirebbe da un posticipato inizio di esecuzione dei lavori;

3) avere, altresì, carattere obiettivo, non deve cioè essere originata da comportamenti omissivi o negligenza da parte dell'Amministrazione.

Conseguentemente è stata ritenuta non integrare gli estremi sopra riportati dell'urgenza, in quanto diretta a sopperire a negligenze proprie dell'Amministrazione:

- l'osservanza di un termine ormai prossimo alla scadenza;

- una carente organizzazione, che rende eccessivamente lunghi i tempi per la stipulazione del contratto.

È stata abrogata la norma che prevedeva limitazioni alle opere da eseguire nel periodo di consegna in via d'urgenza.

3. La sospensione (art. 107 Codice)

L'esecutore ha la facoltà di sviluppare l'esecuzione dei lavori nel modo che crede più conveniente, purché sia in grado di completarli nel termine pattuito. Egli tuttavia non può di regola sospendere di propria iniziativa i lavori; in particolare egli non può abbandonare unilateralmente i lavori.

Può invece accadere che sia l'Amministrazione ad avere la necessità di sospendere temporaneamente l'esecuzione dei lavori; l'Amministrazione lo può fare, ma solo ed esclusivamente per le cause specificatamente previste dalla normativa. Infatti la sospensione dei lavori, prolungando la durata del cantiere, altera le condizioni di esecuzione del contratto e può provocare un danno all'esecutore. Per tale motivo la sospensione dei lavori è ammessa nei soli casi previsti dal Codice.

La sospensione lavori è un istituto autoritativo e, come tale, da utilizzare con cautela e nei soli casi previsti dalla normativa e precisamente dall'art. 107 Codice ossia per circostanze speciali o per ragioni di pubblico interesse o necessità, senza possibilità di estenderne l'applicazione per analogia.

L'impedimento che determina la sospensione deve essere di natura temporanea (se è di natura permanente la S.A deve recedere dal contratto) e tale impedimento non deve dipendere da fatto dell'Amministrazione o da sua negligenza (se l'impedimento dipendesse da fatto o colpa della S.A la sospensione sarebbe illegittima con conseguente diritto dell'esecutore al risarcimento dei danni).

3.1. Le cause: le circostanze speciali

Possono verificarsi circostanze speciali tali da impedire ai lavori di procedere a regola d'arte. Se le circostanze speciali sono di natura temporanea, il DL, che è il garante della corretta esecuzione dei lavori a regola d'arte, ordina la sospensione dei lavori stessi. Le circostanze speciali che legittimano la sospensione dei lavori possono essere costituite da avverse condizioni climatiche oppure forza maggiore.

Le circostanze speciali che determinano la sospensione devono essere non prevedibili al momento della stipulazione del contratto. Tutto ciò che si può invece prevedere va scritto nel contratto e negli altri elaborati progettuali; ad esempio, se non è possibile effettuare certe lavorazioni in alcuni momenti dell'anno in quanto si sarebbe in presenza di condizioni ambientali sfavorevoli, è bene precisarlo nello schema di contratto e nel cronoprogramma, unitamente all'adozione dei provvedimenti atti a minimizzarne le conseguenze negative. Il progetto esecutivo dovrebbe prevedere, per esempio, l'esecuzione dei lavori per parti autonome e funzionali ed indicare tutti gli accorgimenti per garantire la sicurezza del cantiere, durante il periodo di sospensione (oppure, meglio, di interruzione, detto anche "fermo"); il capitolato speciale d'appalto dovrebbe, altresì, predefinire i comportamenti da seguire in tali circostanze. Tali misure sono in grado di limitare gli effetti negativi derivanti da una irregolare esecuzione dell'opera, come l'insorgenza di contenzioso con l'esecutore, con conseguenze negative per il pubblico erario e disagi per l'utenza.

La normativa precedente prevedeva espressamente che nelle "altre circostanze speciali" rientrava la redazione di una variante in corso d'opera, purché ricadesse nei casi ammessi dalla legge e non imputabile alla S.A (quindi con esclusione dell'errore progettuale). Tale norma non è stata ripresa dal Codice.

3.2. Le cause: le ragioni di pubblico interesse o necessità

Qualora sussistano ragioni di pubblico interesse o necessità, tra cui l'interruzione di finanziamenti per sopravvenute (specificazione aggiunta dal Correttivo) esigenze di finanza pubblica, la sospensione viene disposta dal RUP.

La normativa non lo specifica ma si intende che le ragioni di pubblico interesse o necessità non devono essere causate da colpa o negligenza del committente, ma devono derivare da cause esterne.

La competenza del RUP in ordine alla sospensione dei lavori è limitata alle sole ipotesi di pubblico

interesse o della necessità, spettando, invece, al direttore dei lavori ordinare la sospensione per circostanze speciali.

3.3. *Il verbale*

La sospensione, da qualsiasi causa determinata, deve risultare da apposito verbale (di sospensione) sul quale il DL indica le ragioni che hanno determinato la necessità di procedere alla sospensione e la sua imputabilità, anche con riferimento alle risultanze del verbale di consegna. Tale verbale, sottoscritto dal DL e dall'esecutore, è trasmesso entro 5 giorni al RUP. Se l'esecutore non sottoscrive il verbale (perché non è presente oppure perché si rifiuta) il DL deve farne espressa menzione sul registro di contabilità. Nel verbale vanno indicati: lo stato di avanzamento dei lavori, le opere la cui esecuzione rimane interrotta e le cautele adottate affinché alla ripresa le stesse possano essere continuate ed ultimate senza eccessivi oneri. Nel verbale vanno anche elencati con precisione le forze lavoro ed i mezzi d'opera presenti in cantiere al momento della sospensione. È molto importante che il DL rispetti tale disposizione in quanto è su questi elementi che andrà calcolato il risarcimento dei danni (relativamente al mancato ammortamento ed alle retribuzioni inutilmente corrisposte) nel caso la sospensione dei lavori venga giudicata illegittima e quindi sia necessario determinare qual è il costo sostenuto dall'esecutore per il prolungamento del cantiere. Anzi, ove possibile, la direzione lavori dovrebbe dare disposizioni al fine di ridurre al minimo i macchinari e la mano d'opera presenti in cantiere, così l'eventuale risarcimento danni, se dovrà essere corrisposto, sarà calcolato nella misura minore possibile.

3.4. *Adempimenti successivi*

Se la sospensione supera il quarto del tempo contrattuale complessivo il RUP deve darne comunicazione all'ANAC.

La sospensione può essere parziale; in tale ipotesi l'esecutore è tenuto a proseguire le parti di lavoro eseguibili. In questo caso il differimento del termine è pari al numero di giorni determinato dai giorni di sospensione moltiplicato per il rapporto tra ammontare dei lavori non eseguiti per effetto della sospensione parziale e l'importo totale dei lavori previsto per tale periodo nel cronoprogramma di cui all'art. 40 Regolamento.

La sospensione dei lavori deve protrarsi per il tempo necessario a far cessare le cause che hanno comportato la sospensione dei lavori.

Una volta cessate le cause che hanno determinato la sospensione, il DL redige il verbale di ripresa dei lavori, nel quale indica il nuovo termine contrattuale, che sarà dato dal termine originario con aggiunta dei giorni di sospensione. Anche il verbale di ripresa è sottoscritto dall'esecutore.

La sospensione, se avviene per cause legittime (ossia quelle precedentemente elencate), non dà diritto ad alcun compenso od indennizzo a favore dell'esecutore. Egli ha solo diritto allo spostamento del termine finale; il periodo della sospensione non è conteggiato nel tempo fissato dal contratto per l'esecuzione dei lavori. L'appaltatore resta tenuto a sopportare i maggiori oneri derivanti dalla ulteriore durata dei lavori. Unica eccezione si ha nel caso di sospensione per ragioni di pubblico interesse o necessità: se la somma delle sospensioni determinate da ragioni di pubblico interesse e necessità supera il quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori o comunque supera i sei mesi, l'esecutore può richiedere lo scioglimento del contratto senza indennità. Se l'Amministrazione accoglie la richiesta dell'esecutore di sciogliere il contratto, l'Amministrazione dovrà pagare solo i lavori regolarmente eseguiti, senza riconoscimento di alcun maggiore onere. Infatti si parte dal presupposto che la sospensione sia stata esercitata legittimamente e quindi lo scioglimento del contratto non sia imputabile all'esecutore ma neanche all'Amministrazione. Se invece l'Amministrazione si oppone allo scioglimento, l'esecutore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre il suddetto termine (sei mesi o il quarto del tempo contrattuale). L'esecutore non ha diritto a nulla ove non richieda lo scioglimento del contratto lasciando così intendere che egli preferisca protrarre l'esecuzione del contratto. La normativa nulla dice sul calcolo dei maggiori oneri, che dovranno quindi essere calcolati in misura inferiore al risarcimento danni (ma è stata abrogata anche la norma che disciplinava il calcolo del risarcimento danni). Diverso dai casi precedenti è la sospensione dei lavori da attribuire alla colpa dell'esecutore; è il caso, ad esempio, della sospensione dei lavori ordinata dal coordinatore per l'esecuzione dei lavori, ai sensi e per gli effetti dell'art. 92, c. 1, lett. f), del D.Lgs. n. 81/2008, per la sussistenza di un pericolo grave ed imminente. In questo caso il periodo di sospensione è da conteggiare nel termine contrattuale, in quanto riconducibile alla responsabilità dell'esecutore.

Era previsto che durante la sospensione dei lavori il DL non può disinteressarsi del cantiere (ma deve visitarlo almeno ogni 90 giorni, per accertare le condizioni delle opere, la consistenza della manodopera e dei macchinari eventualmente presenti, da contenere al minimo). Tale norma non è stata riprodotta, resta comunque una valida regola di buona conduzione del cantiere.

3.5. *La sospensione illegittima*

Nei casi di sospensione per cause non previste dalla normativa, ossia diverse da quelle sopra citate, la sospensione è illegittima fin dall'inizio. Di conseguenza l'esecutore ha diritto di richiedere il risarcimento dei danni, quantificati sulla base di quanto previsto all'art. 1382 c.c. (clausola penale) e secondo i criteri individuati nel DM che dovrà essere emanato per il controllo tecnico, contabile e amministrativo (art. 111 c. 1 Codice). Si ritiene che sia necessario seguire le ordinarie regole previste per l'iscrizione delle riserve. L'esecutore quindi deve contestare la sospensione iscrivendo riserva nel verbale di sospensione e nel verbale di ripresa dei lavori, a pena di decadenza e poi ripeterla, debitamente quantificata e motivata, sul registro di contabilità la prima volta che lo sottoscrive ed infine confermarla nel conto finale.

Se la sospensione è inizialmente legittima, e quindi il verbale di sospensione è stato sottoscritto senza riserva, ma poi diviene successivamente illegittima (ad esempio, se la sospensione si prolunga oltre il tempo necessario), l'esecutore dovrà iscrivere la propria contestazione solo nel verbale di ripresa dei lavori.

Nel caso l'esecutore ritenga cessate le cause che hanno determinato la sospensione temporanea dei lavori, senza che la S.A abbia disposto la ripresa dei lavori, l'esecutore deve diffidare per iscritto il RUP a dare le necessarie disposizioni al DL affinché provveda alla ripresa dei lavori.

4. *La proroga (art. 107 Codice)*

La proroga consegue ad una richiesta dell'esecutore quando quest'ultimo, per cause a lui non imputabili, non è in grado di ultimare i lavori nel termine fissato. La richiesta deve essere formulata con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine di ultimazione e la risposta è resa dal RUP, sentito il DL, entro 30 giorni dal ricevimento della richiesta stessa. Si ritiene quindi che la richiesta di proroga debba essere presentata almeno 30 giorni prima

della scadenza del termine fissato contrattualmente, per dare la possibilità alla P.A di rispondere entro i 30 giorni previsti e prima della scadenza del termine fissato per la conclusione dei lavori.

La decisione sulla concedibilità della proroga spetta al RUP che deve sentire il DL.

La concessione della proroga non pregiudica i diritti spettanti all'esecutore, se il ritardo nell'ultimazione dipende da fatto della S.A.

Con la proroga le parti scelgono concordemente di prorarre soltanto l'efficacia del contratto già stipulato che pertanto, a parte i profili di durata, resta identico a sé stesso.

La proroga disciplinata da questo articolo non deve essere confusa con la proroga disciplinata dall'art. 106 c. 11 Codice che avviene solo se prevista nei documenti contrattuali e per permettere l'individuazione del nuovo contraente.

5. *Il tempo per l'ultimazione dei lavori, le penali (art. 107 Codice) e il premio di accelerazione*

I lavori devono essere ultimati nel termine stabilito dal contratto; tale termine decorre dalla data di consegna dei lavori (nel caso di consegne frazionate dall'ultimo verbale di consegna).

Nel caso di opere di conglomerato cementizio armato, normale e precompresso ed a struttura metallica il DL deve depositare una relazione presso lo sportello unico (ai sensi dell'art. 65, c. 6, del D.P.R. n. 380/2001), entro il termine di 60 giorni dal completamento della struttura con copertura dell'edificio. Il DL consegna al collaudatore la relazione e la documentazione necessaria, e chiede il certificato di conformità sismica.

Una volta ultimati tutti i lavori l'esecutore ne deve dare comunicazione per iscritto al DL (art. 107 c. 5 Codice) e quest'ultimo procede subito alle necessarie constatazioni in contraddittorio, redigendo apposito verbale (se emesso nella stessa giornata di ultimazione) o certificato (se emesso in data successiva) di ultimazione dei lavori.

Il RUP deve accertare il termine di ultimazione dei lavori (art. 10, c. 1, lett. t, Regolamento) e darne comunicazione all'Osservatorio per i contratti pubblici entro 60 giorni (se l'importo dei lavori è superiore a 40.000 €).

Una volta emesso il certificato di ultimazione lavori, il DL deve emettere il conto finale.

Per definire l'effettiva consistenza dei lavori alla data di scadenza prevista nel contratto, è stato aggiunto (art. 199 Regolamento) che in ogni caso, alla

data di scadenza prevista dal contratto, il DL redige, in contraddittorio con l'esecutore, un verbale di constatazione sullo stato dei lavori. Sarà questa la sede per fare il punto della situazione ed assumere i provvedimenti necessari per accelerare lo svolgimento dei lavori nel caso questi non siano ancora terminati.

Per il periodo di ritardo è prevista l'applicazione di una penale giornaliera. È stato ritenuto che *“la penale prevista nel contratto per ritardo si applica automaticamente senza verificare se il termine pattuito è essenziale o meno”* (Corte di Cassazione civile n. 4779/2005 del 1.3.2005).

L'importo della penale non può risultare eccessivo. L'art. 113-bis Codice, a seguito del Correttivo, prevede un tetto massimo del 10%, ma non disciplina il caso in cui la penale superi tale plafond; l'art. 145 Regolamento, ora abrogato, prevedeva la risoluzione del contratto. Si ritiene che anche facendo applicazione delle norme del codice civile il risultato non cambi: quindi il RUP deve promuovere l'avvio della procedura di risoluzione del contratto per grave ritardo in quanto l'applicazione delle penali non può spingersi fino al punto di provocare un indebito arricchimento per l'Amministrazione. L'art. 1384 c.c. prevede che, quando è prevista una clausola penale, il giudice può ridurla secondo equità; normalmente il limite fino al quale è giusto applicare la penale viene fissato nel 10%, che corrisponde all'utile standard dell'impresa. La giurisprudenza ha infatti chiarito che trovano applicazione le considerazioni che emergono dal combinato disposto degli artt. 1229 e 1384 c.c. secondo i quali la penale da un lato non può essere irrisoria, perché in tal caso si aggiungerebbe il divieto posto dall'art. 1229 c.c. di limitare la responsabilità del debitore e, dall'altro, non può essere manifestamente eccessiva, potendosi in tale ipotesi fare ricorso allo strumento della riduzione ad equità previsto dall'art. 1384 c.c. Da ciò deriva, dunque, la riduzione *“ad aequitatem”* della penale così come prescritto dal succitato art. 1384 c.c. che attribuisce al giudice competente tale facoltà quando l'obbligazione è stata eseguita in parte, ovvero il suo importo risulti manifestamente eccessivo. La giurisprudenza con orientamento giurisprudenziale pacifico ha chiarito che il limite della penale va contenuto nell'ambito dell'utile che l'impresa può ricavare dall'appalto e che si calcola nel 10% dell'importo complessivo del contratto.

Non è stata riprodotta la normativa sul premio di accelerazione, probabilmente perché rientra nelle normali clausole contrattuali privatistiche. Se la S.A.

ha un interesse particolare ad anticipare il termine di ultimazione rispetto a quello contrattualmente previsto, può prevedere che all'esecutore sia riconosciuto un premio (denominato di accelerazione) per ogni giorno di anticipo; questo andrà contrattualizzato con clausole precise perché non è stata riprodotta la norma regolamentare che ne determinava i parametri.

6. Le modifiche al contratto (artt. 106 e 149 Codice)

In un medesimo articolo (art. 106 in generale e art. 149 per i beni culturali) sono state disciplinate tutte le modifiche che possono rendersi necessarie nel corso di esecuzione.

L'art. 106 Codice elenca i casi (tassativi) in cui sono ammesse le modifiche, varianti comprese, nei contratti d'appalto; l'art. 149 Codice introduce alcune altre disposizioni in merito ai beni culturali.

Queste modifiche possono essere oggettive, ossia riferirsi all'oggetto del contratto, oppure soggettive, ossia riferirsi ai soggetti che hanno stipulato il contratto.

In questo capitolo ci occupiamo delle modifiche oggettive (in primis le varianti), le quali hanno subito innovazioni importanti rispetto alla legislazione precedente.

Se il contratto è di importo comunitario occorre pubblicare l'avviso di modifica secondo il formulario europeo (vedi allegato XIV-E Codice); se è di importo inferiore alla soglia comunitaria la pubblicità avviene in ambito nazionale (precisazione aggiunta dal Correttivo).

6.1. Le varianti in corso d'opera e i lavori supplementari (art. 106, c. 1, lett. b-c, e art. 149, c. 2 Codice)

Seguendo il ragionamento del legislatore il progetto posto a base di gara, ora quasi esclusivamente di livello esecutivo (nei settori ordinari), è totalmente definito e dettagliato e l'esecutore deve eseguire i lavori così come previsti nel progetto e negli atti contrattuali. Una volta determinato il contenuto del contratto, sia l'esecutore che la S.A. non possono introdurre alcuna variazione o addizione.

Innanzitutto occorre precisare cosa si intende per variante. Le variazioni presuppongono che l'opera sia stata adeguatamente determinata, ma nessun progetto, per quanto completo sia, può prevedere tutto, in quanto normalmente si fa riferimento alle consuetudini implicite nelle tecniche di costruzione ed anche perché vi è sempre l'imponderabile dell'e-

secuzione. Vi è perciò una zona, più o meno ampia, riferita a particolari dell'opera, che non è determinata e va determinata in corso d'opera. In questa zona non vi è posto per le variazioni. Si tratta soltanto di determinare le parti non determinate, alla stregua della volontà presumibile delle parti, degli usi e delle regole dell'arte. Si tratta cioè di specificare ciò che è già contenuto nel contratto, di dare concreta attuazione a ciò che in esso non è specificato, ma compreso. Queste specificazioni sono fin dall'inizio prevedibili dall'esecutore e sono quindi comprese nell'opera appaltata e nel prezzo pattuito. Si può parlare di variazione solo quando l'Amministrazione o l'esecutore dispongano modifiche che sono al di fuori di quanto, in base al criterio susposto, risulta negli obblighi dell'esecutore. L'AVCP (ora ANAC) nella deliberazione n. 399/2001 ha specificato che non è riconducibile alla ipotesi della mancata esecutività progettuale la carenza di prescrizioni per la cui realizzazione risulterebbero bastevoli le indicazioni della Direzione Lavori impartite durante l'esecuzione degli stessi, attesa la specificità di dette prescrizioni assimilabili ad elementi di puro dettaglio tecnico.

Una volta precisato cosa si intende per variante occorre poi introdurre la distinzione tra variante da una parte e lavori supplementari dall'altra. Tale puntualizzazione è importante perché tali modifiche al contratto sono entrambe disciplinate nello stesso articolo, ma in commi (e con conseguenze) diversi.

Per variante si intende un mutamento a ciò che era originariamente previsto nel progetto e che ora viene richiesto in modo diverso; il mutamento deve riguardare opere indispensabili per meglio assicurare la rispondenza dell'opera al suo scopo.

Per lavori supplementari si intendono invece lavori che si aggiungono a quelli originariamente previsti senza modificarli. Potrebbero essere eseguiti anche da un soggetto diverso dall'esecutore del contratto principale; sono a lui affidati solo a determinate condizioni, anche economiche, ma ben potrebbero essere affidati ad altri.

Se l'esecutore non osserva il divieto di modificare unilateralmente il progetto, ed introduce di propria iniziativa (oppure dietro richiesta della direzione lavori ma senza la preventiva approvazione della S.A) delle varianti o modifiche al progetto, egli è obbligato alla rimessa in pristino dei lavori nella situazione originaria, con spese a proprio carico. L'esecutore è esonerato dalla rimessa in pristino solo nel caso in cui il RUP effettui una diversa valutazione. In ogni

caso l'esecutore non ha diritto a compensi, rimborsi o indennizzi per i lavori medesimi, neppure a titolo di indebito arricchimento, salvo che fossero indispensabili per l'esecuzione dell'opera; gli oneri per lavori difformi dalle previsioni di progetto, in assenza di formale approvazione della S.A, devono restare a carico dell'appaltatore.

Anche l'Amministrazione non può, in linea generale, imporre all'esecutore modifiche al progetto; il principio che sovrintende il contratto d'appalto è che l'opera, così come rappresentata dal progetto e dagli altri documenti di contratto, non sia modificabile, perché è su questo progetto che l'esecutore ha fatto la propria offerta contrattuale. Può però accadere che la S.A necessiti di effettuare alcune variazioni al progetto; per venire incontro alle esigenze derivanti da mutamenti che si possono verificare nel corso dei lavori (che spesso durano parecchi anni) è stata prevista la possibilità di introdurre varianti al progetto originario, ma a precise condizioni.

Le modifiche al contratto effettuate in corso di esecuzione del contratto devono essere di carattere non sostanziale (non devono snaturare o mutare essenzialmente la natura delle opere comprese nel progetto originario). Tale principio viene affermato a più riprese nell'art. 106 del Codice: se il mutamento fosse sostanziale non si tratterebbe di variante ma di un vero e proprio nuovo progetto, cosa non ammissibile. L'esecutore ha diritto di rifiutarsi di eseguire le opere sostanzialmente modificate e, qualora la S.A insista, può chiedere la risoluzione del contratto. L'art. 106 c. 6 (se si ritiene che manchi una "o" tra "contratto pubblico" e "di un accordo quadro") prevede la necessità di risolvere il contratto nel caso di superamento delle soglie che si andranno ad esporre, oppure nel caso di modifiche sostanziali che avrebbero richiesto una nuova procedura di affidamento (art. 108 c. 1 Codice). La previsione tassativa dei motivi che legittimano le modifiche al contratto si fonda sull'esigenza di tutelare la concorrenza e la parità di condizioni e di trattamento dei concorrenti che partecipano alla gara (C.d.S. n. 6281/2002). In effetti, il principio della par condicio sarebbe leso dal mutamento sostanziale, per importo o entità, del progetto dell'opera posto a base di gara (cosiddetta lesione postuma della concorrenza).

Le varianti in corso d'opera sono quelle previste al comma 1 lett. c) ossia determinate da circostanze imprevedute e imprevedibili per l'A.A o per l'ente aggiudicatore, compresa la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamenta-

ri o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti; tale modifica non deve alterare la natura generale del contratto. Per i settori ordinari l'aumento di prezzo non può eccedere il 50% del valore del contratto iniziale; in caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica (tali modifiche successive non devono essere intese ad aggirare il Codice).

Per i *beni sottoposti alle disposizioni di tutela sui beni culturali* (D.Lgs. n. 42/2004) si aggiunge la seguente ipotesi di varianti in corso d'opera ammissibili previste all'art. 149 c. 2 Codice: varianti rese necessarie, posta la natura e la specificità dei beni sui quali si interviene, per fatti verificatisi in corso d'opera, per rinvenimenti imprevisti o imprevedibili nella fase progettuale, per adeguare l'impostazione progettuale qualora ciò sia reso necessario per la salvaguardia del bene e per il perseguimento degli obiettivi dell'intervento, nonché le varianti giustificate dalla evoluzione dei criteri della disciplina del restauro. Tale importo non può superare il 20% in più dell'importo contrattuale. Quindi, a fronte di una riduzione dell'importo (20%, anziché il 50% previsto nei settori ordinari) si assiste ad un'espansione delle cause legittimanti.

Le varianti devono essere autorizzate dal RUP ed approvate dall'organo decisionale della S.A (art. 106 c. 14) con le modalità previste dall'ordinamento; dovrà essere il regolamento interno a disporre in merito alle competenze.

Come si può facilmente notare la legge ammette le varianti solo nei casi in cui la necessità di variante non derivi da negligenza o imperizia della P.A; la necessità deve scaturire da variazioni oggettive, sopravvenute e imprevedibili. Questa precisazione è importante perché, se l'alterazione è conseguenza di modifiche determinate da un fatto sopraggiunto e non imputabile né all'una né all'altra parte, la variazione del contratto non crea diritto a risarcimento; se invece l'alterazione della natura delle opere comprese nell'appalto deriva da fatto dell'Amministrazione, nel senso che l'alterazione stessa sia conseguenza di volontarie modifiche apportate all'opera, l'esecutore ha diritto al risarcimento dei danni.

Quando la variante comporta un aumento dell'importo di contratto, la perizia di variante prende il nome di "perizia suppletiva".

Anche i lavori supplementari sono disciplinati nel medesimo articolo (art. 106 c. 1 lett. b) Codice): lavori svolti da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto

iniziale, ove un cambiamento del contraente produce entrambi i seguenti effetti:

- risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale. Tra i motivi tecnici ben vi possono rientrare le minori problematiche connesse alle interferenze dei cantieri con i collegati aspetti attinenti alla sicurezza;

- comporti per l'A.A o l'ente aggiudicatore notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi: la duplicazione è un termine matematico che intende il raddoppio, questo deve essere anche "consistente" probabilmente sottintende che deve essere, in valore assoluto, una cifra considerevole.

Nella disciplina precedente le varianti erano concettualmente distaccate da quelli che allora erano i lavori complementari, considerati come una forma di affidamento diretto.

La variante così come i lavori supplementari devono essere autorizzati dal RUP, il quale deve accertare che ricorrano le cause, le condizioni e i presupposti che consentono di disporre la variante.

Per i lavori supplementari nei settori ordinari (come già visto per le varianti in corso d'opera) l'aumento di prezzo non può eccedere il 50% del valore del contratto iniziale (in caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica, quindi il valore cumulato delle singole modifiche può superare il 50% dell'originario valore di contratto!); tali modifiche successive non devono essere intese ad aggirare il Codice. Se eccede tale limite occorre una nuova procedura d'appalto. L'esecutore è obbligato ad eseguire la variante o i lavori supplementari alle stesse condizioni previste nel contratto originario (c. 12) qualora l'importo in aumento o in diminuzione non ecceda il quinto dell'importo del contratto (cosiddetto quinto d'obbligo). Quindi, se l'importo della variante o dei lavori supplementari è inferiore o pari al 20% dell'importo del contratto, la variazione è disposta d'imperio dall'Amministrazione: l'esecutore dovrà eseguire i lavori ordinati anche se non è d'accordo. Di qui il nome di "Atto di sottomissione" tradizionalmente attribuito al documento di modifica associato al quinto d'obbligo e fa ben comprendere il potere di supremazia di cui gode l'Amministrazione.

Se invece la perizia di variante oppure i lavori supplementari comportano un aumento del contratto

(o una sua riduzione) di importo superiore al 20% dell'importo di contratto, l'atto di modifica non è più accompagnato dall'atto di sottomissione ma da un atto aggiuntivo; l'esecutore è tenuto ad eseguirlo ma non ha l'obbligo di soggiacere al volere dell'Amministrazione e può dettare le condizioni alle quali è disposto a proseguire le lavorazioni. In particolare, per quanto riguarda i materiali o lavorazioni per i quali non risulta fissato il prezzo contrattuale, si provvede alla formulazione di nuovi prezzi secondo le modalità stabilite all'art. 1660 c.c.; se "le parti non si accordano, spetta al giudice di determinare le variazioni da introdurre e le correlative variazioni del prezzo".

La differenza tra l'atto di sottomissione e l'atto aggiuntivo è quindi sostanziale:

- l'atto di sottomissione è obbligatorio per l'esecutore; quest'ultimo può solo discutere sulla congruità degli eventuali nuovi prezzi oppure sulla sussistenza delle condizioni che giustificano la variante o i lavori supplementari; qualora sussistano le condizioni che rendono legittima la variante, l'esecutore ha l'obbligo di eseguire il progetto così come modificato dalla S.A;

- l'atto aggiuntivo dà luogo ad un contratto nuovo, fermo restando che, se l'importo in aumento è fino al 50% (20% per i beni culturali), l'esecutore è tenuto ad eseguire tali maggiori lavori.

Ora di questa distinzione è rimasto solamente qualche accenno nel Regolamento. Occorrerà attendere i nuovi provvedimenti per capire se tali distinzioni continuano ad esistere oppure no.

I seguenti articoli del Regolamento che introducevano delle precisazioni sono stati abrogati e non riprodotti dalla nuova normativa:

- per la determinazione del quinto dell'importo dell'appalto si prendeva in considerazione l'importo del contratto originario, aumentato dell'importo degli atti di sottomissione e degli atti aggiuntivi per varianti già intervenute, nonché gli importi, diversi da quelli a titolo risarcitorio, eventualmente riconosciuti all'esecutore per transazioni o accordi bonari;

- per l'ultimazione dell'opera poteva essere previsto un termine aggiuntivo, da aggiungersi al termine inizialmente previsto per l'ultimazione dei lavori, ma che va tenuto distinto dalla proroga;

- la cauzione definitiva già prestata poteva essere integrata in misura proporzionale all'eccedenza dell'importo;

- la somma assicurata per la polizza CAR andava aggiornata.

Se l'importo del contratto è superiore a 40.000 euro ed inferiore alla soglia comunitaria le varianti in corso d'opera, oppure le varianti inferiori al 10% relative a contratti di importo comunitario, devono essere comunicate all'Osservatorio per i contratti pubblici entro 30 giorni dalla loro approvazione.

Per i contratti con importo di rilevanza comunitaria, le varianti in corso d'opera superiori al 10% dell'importo del contratto devono essere trasmesse all'ANAC entro 30 giorni dall'approvazione, unitamente al progetto esecutivo, alla validazione e ad un'apposita relazione del RUP. In merito il Presidente dell'ANAC (in costanza dell'art. 37 D.L. n. 90/2014) aveva emesso il comunicato del 17/2/2016 richiedendo la trasmissione anche di un quadro comparativo di variante e del provvedimento definitivo di approvazione. Nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, essa esercita i poteri di cui all'art. 213 Codice. Nel caso di variante o di lavori supplementari di importo eccedente il quinto d'obbligo va chiesto un CIG aggiuntivo entro 30 giorni e le schede dell'Osservatorio continuano ad essere quelle del CIG originario (comunicato ANAC 28/10/2015).

Nel caso la variante riguardi le opere di conglomerato cementizio armato, normale e precompresso ed a struttura metallica, previste nel progetto originario, devono essere denunciate, prima di dare inizio alla loro esecuzione, allo sportello unico, ai sensi dell'art. 65, c. 5, del D.P.R. n. 380/2001.

Atteso che i lavori oggetto di variante non possono essere eseguiti prima dell'approvazione di quest'ultima, non sono autorizzabili perizie di variante in sanatoria (deliberazione AVCP n. 60/2004 e determina n. 16/2000) e neanche possono essere surrettiziamente introdotte attraverso l'approvazione di un accordo bonario (deliberazione AVCP n. 249/2003). La normativa non disciplina il procedimento per le modifiche che eccedono il quinto d'obbligo, questo deve essere disciplinato dal Regolamento dell'Ente (richiamato nel comma 1 art. 106) oppure nel contratto stesso. Si riporta quanto era previsto nella precedente normativa, che potrebbe costituire uno spunto da recepire in tali atti: "l'esecutore entro 10 giorni deve dichiarare per iscritto se intende accettare la prosecuzione dei lavori e a quali condizioni. Se l'esecutore non dà risposta si intende manifestata la volontà di accettare la variante agli stessi prezzi, patti e condizioni del contratto originario ed anche

dei nuovi eventuali prezzi così come quantificati dalla S.A. Se invece l'esecutore dichiara di accettare solo a determinate condizioni, nei 45 giorni successivi la S.A. deve comunicare all'esecutore le proprie determinazioni; se l'Amministrazione non dice nulla si intendono accettate le condizioni dell'esecutore. L'esecutore può decidere di non proseguire il contratto oppure la S.A. può non accettare le condizioni poste dall'esecutore; in entrambi i casi occorre dichiarare la risoluzione del contratto originario, pagando all'esecutore l'ammontare dei lavori eseguiti, dei materiali utili e del 10% dei lavori non eseguiti, calcolato sulla differenza tra i quattro quinti dell'importo di contratto e l'importo dei lavori eseguiti (comprensivo dei materiali utili)".

6.2. *La perizia di assestamento (art. 149 c. 1 Codice)*

Ci sono poi quelle modifiche al progetto, disposte dal DL per risolvere aspetti di dettaglio, che non sono considerate varianti in corso d'opera se risultano contenute nei limiti previsti dal Codice all'art. 149, c. 1. Queste sono le condizioni per rendere ammissibile la modifica:

- deve essere inerente ad interventi su beni culturali,
- deve essere finalizzata a prevenire e ridurre i pericoli di danneggiamento o deterioramento dei beni tutelati,
- non deve modificare qualitativamente l'opera,
- non deve comportare una variazione in aumento o in diminuzione superiore al 20% del valore di ogni singola categoria di lavorazione,
- deve essere contenuta nel limite del 10% dell'importo complessivo contrattuale,
- deve esservi disponibilità finanziaria nel quadro economico tra le somme a disposizione della S.A.

Questa (non) variante è simile alla perizia di assestamento prevista dalla precedente normativa ma se ne discosta per un elemento essenziale, in quanto ora è prevista la possibilità di un aumento dell'importo, seppur limitato (10%), mentre precedentemente doveva essere a saldo invariato. Tuttavia sembra che tale perizia continui ad essere approvata (disposta) dal DL, qualora ne ricorrano le condizioni (precedentemente occorre il visto del RUP solamente se comprendeva nuovi prezzi). È auspicabile un intervento chiarificatore da parte dell'ANAC.

6.3. *Le modifiche non sostanziali (art. 106, c. 1, lett. e, Codice)*

Sono altresì ammesse le modifiche non sostanziali ossia che non alterano considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti. In particolare non sono soddisfatte nessuna delle seguenti condizioni:

- a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbe attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;
- b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;
- c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;
- d) un nuovo contraente sostituisce quello cui l'A.A. o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d) art. 106 (morte, ristrutturazioni societarie, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza ecc.).

Si tratta di una norma innovativa e poco disciplinata. Anche qui è auspicabile un intervento chiarificatore.

L'ANAC con la delibera n. 911/2016 ha ritenuto che la modifica delle previsioni contrattuali in tema di pagamento dei corrispettivi costituisce una modifica sostanziale, tale da richiedere un nuovo affidamento.

6.4. *Le modifiche ex art. 106 c. 2 Codice - anche per errore progettuale*

Le modifiche al contratto sono consentite, oltre che per i casi precedenti, nel caso il valore della modifica sia al di sotto di entrambi i seguenti valori:

- la soglia comunitaria;
- il 10% del valore iniziale del contratto per i contratti di servizio e fornitura sia nei settori ordinari che speciali ovvero il 15% del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali. In caso di più modifiche successive il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche.

Qualora la modifica si rende necessaria per ovviare ad errori o ad omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione essa è consentita solo nei limiti quantitativi di cui al presente paragrafo.

Per errore o omissione di progettazione si considera "l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici pre-stabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle norme di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali". In questo caso il RUP ne deve dare comunicazione all'ANAC ed al progettista (secondo i principi generali, anche se non più previsto dalla norma) in quanto il progettista è responsabile degli eventuali danni subiti dalla S.A (art. 106 c. 9 Codice). Non è stata riprodotta la responsabilità del verificatore del progetto (già prevista all'art. 56, c. 1, Regolamento, ora abrogato). Naturalmente, se il progetto è stato redatto dall'esecutore (nel caso di appalto integrato per i settori speciali), sono a suo totale carico l'onere della nuova progettazione, le maggiori spese, le penali per il mancato rispetto dei termini di ultimazione contrattuale e gli ulteriori danni subiti dalla S.A.

L'AVCP (ora ANAC) aveva rilevato i seguenti casi integranti varianti per errore od omissione progettuale:

- *la sottovalutazione di problematiche già esistenti in fase di progettazione e l'insufficiente rilevazione dello stato di fatto* (deliberazione n. 298/2003);

- *la relazione geotecnica evidenzia un quadro generale geologico complesso diverso da quello della relazione di progetto* (deliberazione n. 61/2003);

- *assenza di una valutazione complessiva delle problematiche presenti in un'area determinate dai movimenti franosi, nonché della consistenza delle opere insistenti nell'area stessa* (deliberazione n. 311/2002);

- *l'adeguamento del progetto preliminare approvato per un importo rettificato pari a circa tre volte l'importo originario* (deliberazione n. 363/2001).

L'art. 269, c. 2, Regolamento è stato abrogato e quindi si è persa la definizione dei maggiori costi da porre a carico del progettista (precedentemente erano: differenza fra i costi e gli oneri che la S.A deve sopportare a causa dell'errore od omissione progettuale ed i costi e gli oneri che essa avrebbe dovuto affron-

tare per l'esecuzione di un progetto che fosse stato redatto esente da errori ed omissione).

6.5. *Le varianti migliorative in diminuzione proposte dall'esecutore*

Non sono più previste nella nuova disciplina: dovrà quindi essere il contratto a prevederle. Si riporta quanto già era previsto nella precedente normativa (art. 162 Regolamento, abrogato) che può essere recepita nel contratto stesso.

Le varianti possono essere di iniziativa dell'esecutore se comportano una diminuzione dell'importo originario dei lavori. Non possono essere ammesse nei casi in cui la prestazione dell'esecutore comprenda, oltre all'esecuzione dei lavori, anche la relativa progettazione (vi potrebbe essere una pre-determinazione da parte dell'esecutore in sede di progettazione). Le economie risultanti dalla proposta migliorativa sono ripartite tra la S.A e l'esecutore, da disciplinare nel contratto.

6.6. *L'adeguamento dei prezzi (art. 106, c. 1, lett. a, Codice)*

La preoccupazione del legislatore degli anni '90 era dare alla S.A "certezza sulla spesa", per evitare i continui aumenti dei costi delle opere pubbliche che si erano registrati negli anni precedenti. Nei contratti di appalto di lavori pubblici vigeva in generale la regola dell'invariabilità dei prezzi, in particolare non si applicava la revisione dei prezzi, né l'art. 1664, c. 1 c.c. ma solo il cosiddetto istituto del "prezzo chiuso" (differenza tra l'inflazione effettiva e l'inflazione programmata). Poi piano piano, complice la crisi dell'edilizia, il legislatore si era preoccupato di salvaguardare il giusto equilibrio tra gli interessi dell'impresa e quelli pubblici della S.A, ovvero sia il mantenimento dell'equilibrio delle contrapposte prestazioni contrattuali (c.d. sinallagma contrattuale), sia al momento della redazione del progetto (era stato precisato che dovevano essere applicati i prezzi desunti dal prezziario della S.A, da aggiornare ogni anno) sia nel corso di esecuzione dei lavori stessi: prevedendo le compensazioni per circostanze eccezionali oppure reintroducendo l'anticipazione del pagamento.

Ora tutto questo è superato ed è rimasta solamente la previsione dell'art. 106 c. 1 lett. a): il contratto può comprendere clausole di revisione dei prezzi fissando la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono

essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Non è possibile apportare modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro. I prezzi sono quelli predisposti annualmente dalle regioni e dalle province autonome territorialmente competenti, (ritornati obbligatori a seguito del Correttivo) e le variazioni sono valutate solo per l'eccedenza rispetto al 10% rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà.

Rispetto alla disciplina precedente non si dice che l'esecutore deve provare il maggior onere sostenuto per la lievitazione dei prezzi, tramite adeguata documentazione, come ad esempio tramite dichiarazioni di fornitori o subcontraenti e neanche che l'adeguamento non si applica se vi è un ritardo delle lavorazioni addebitabile all'esecutore.

Per i contratti nati prima del nuovo Codice si continua ad applicare il prezzo chiuso: l'ultimo decreto emesso è il D.M. delle Infrastrutture del 10.3.2017 (G.U. n. 66/2017) che rileva le differenze percentuali tra tasso di inflazione reale e tasso di inflazione programmata per l'anno 2016. Anche quest'anno non si sono verificati scostamenti superiori al 2%. Quindi l'applicazione concreta del prezzo chiuso non è mai avvenuta.

La revisione prezzi è soggetta ad IVA, in quanto ha la finalità di ricostruire la situazione di equilibrio (ovvero il sinallagma) tra le prestazioni considerate dall'esecutore e dal committente al momento della conclusione del contratto, quando questa sia venuta meno per cause sopravvenute.

Non è stato reiterato neanche il pagamento anticipato di alcune materie prime già previsto dal D.L. n. 69/2013. In compenso è stata resa permanente la anticipazione del 20% sul valore del contratto (art. 35 c. 18 Codice come modificato dal Correttivo).

7. La cessione dei crediti derivanti dal contratto (art. 106 c. 13 Codice)

Anche i crediti derivanti dai contratti pubblici possono essere ceduti alle imprese che esercitano l'attività di cessione dei crediti di impresa (cosiddetto factoring). Affinché la cessione sia opponibile alla S.A. se amministrazione pubblica, occorre che l'atto di cessione sia stipulato per atto pubblico o scrittura privata autenticata e notificata all'amministrazione debitrice, e quest'ultima non la rifiuti con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario entro 45 giorni dalla notifica della cessione. L'Ammi-

nistrazione può comunque opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente.

Per dare liquidità alle imprese, sono stati emanati due decreti ministeriali (entrambi in data 25.6.2012 e pubblicati sulla G.U. del 2.7.2012) che riguardano le certificazioni dei crediti non prescritti, certi, liquidi ed esigibili vantati dalle imprese nei confronti di Regioni, Enti locali e Servizio sanitario nazionale. La cessione può avvenire sia pro solvendo che pro soluto. Per consentire la cessione dei crediti possono essere utilizzati anche i certificati di pagamento dei lavori (D.L. n. 185/2008, art. 9, c. 3-quater). Il primo decreto concerne la possibilità di ottenere la certificazione del credito per ottenere liquidità. Con tale certificazione il beneficiario potrà cedere il credito (e in questo caso dovrà poi presentare la documentazione prevista all'art. 106, Codice, dopodiché la P.A. effettuerà il pagamento a favore del cessionario del credito) oppure potrà chiedere un'anticipazione in banca (ed in questo caso il pagamento dovrà avvenire a favore dell'originario creditore, previa restituzione del certificato in originale).

Il secondo decreto concerne la possibilità di compensare il credito con somme iscritte a ruolo.

La certificazione deve essere rilasciata entro 20 giorni dalla richiesta (redatta utilizzando i modelli approvati dal decreto). Se non sono rispettati i tempi il creditore può richiedere l'intervento di un commissario. L'Ente prima di emettere tale certificazione deve verificare la regolarità fiscale. Il DM non lo precisa ma affinché il credito sia certo, liquido ed esigibile occorre anche avere verificato la regolarità contributiva (DURC). In questo caso il DURC va richiesto con la modalità tradizionale: non è possibile utilizzare il DOL.

Con il D.L. n. 95/2012 (art. 6, c. 12) è inoltre stato previsto che tra i titoli e i documenti comprovanti il diritto acquisito dai creditori sono considerati prioritari i provvedimenti di approvazione del SAL e quindi il certificato di pagamento.

8. Il subappalto (art. 105 Codice)

Nell'ambito degli appalti pubblici vale il principio generale che il contratto debba essere eseguito dall'esecutore: il contratto di appalto non può essere ceduto, a pena di nullità. Solo alcune parti possono essere eseguite da terzi, tramite il contratto di subappalto, ma entro precisi limiti.

Secondo quanto acclarato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, il subappalto è un contratto derivato dal contratto di appalto, con il quale l'esecutore affi-

da l'esecuzione di una parte delle proprie prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto d'appalto ad altro soggetto (denominato subappaltatore): da un determinato contratto ne deriva un altro caratterizzato dal fatto di avere lo stesso o analogo contenuto economico ed il medesimo tipo di causa di quello principale. Pertanto il subappalto (che fa parte della più ampia categoria dei sub-contratti) presenta i medesimi requisiti dell'appalto circa le modalità di esecuzione e gestione della prestazione. Costituisce comunque subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività del contratto di appalto ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera. Il contratto di subappalto è accessorio al contratto di appalto nel senso che il contratto di subappalto presuppone quello di appalto come ineliminabile presupposto e condizione di esistenza, di validità e di efficacia. La natura di contratto derivato, o sub-contratto, del subappalto, comporta che la sorte del subappalto è condizionata a quella del contratto di appalto, e che trovano applicazione, ai sensi degli artt. 1667 e 1668 c.c. le norme sulla responsabilità per difformità e vizi dell'opera, con le seguenti particolarità: a) con riguardo all'opera eseguita dal subappaltatore, l'accettazione senza riserve dell'appaltatore è condizionata dal fatto che il committente accetti l'opera senza riserve; b) l'appaltatore non può agire in responsabilità contro il subappaltatore prima che il committente gli abbia denunciato l'esistenza di vizi o difformità, essendo prima di tale momento privo di interesse ad agire, per non essergli ancora derivato alcun pregiudizio, poiché il committente potrebbe accettare l'opera nonostante i vizi palesi o non denunciare mai quelli occulti o farne denuncia tardiva; c) l'appaltatore può agire in giudizio contro il subappaltatore non appena il committente gli abbia tempestivamente denunciato l'esistenza dei predetti vizi o difformità (Corte di Cassazione sentenza n. 23903/2009). Il committente rimane estraneo al contratto di subappalto; quest'ultimo non incide sull'ambito dei diritti e degli obblighi scaturenti dal contratto principale, che rimane immutato tra le parti originarie (C.d.S. n. 2755/2003).

Nell'ambito delle costruzioni, così come nelle altre attività economiche, non esiste più l'impresa attrezzata per eseguire tutte le lavorazioni che portano ad un'opera compiuta; di qui il frequente ricorso ai contratti di subappalto. Sennonché nella legislazione italiana l'istituto del subappalto è visto con sospetto, in quanto ha più volte permesso le infiltrazioni mafiose nell'ambito dei pubblici appalti. Per

scongiurare tale rischio, l'art. 105 del Codice stabilisce innanzitutto che i subappalti devono essere autorizzati dalla S.A (il procedimento autorizzatorio inizia con la presentazione di apposita istanza, da parte dell'esecutore).

Inoltre elenca una serie di condizioni per l'ottenimento dell'autorizzazione:

- il concorrente ha dimostrato l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione elencati all'art. 80 già in sede di gara (il Codice non lo precisa, ma si ritiene che tale norma valga solamente quando deve essere indicata la terna dei subappaltatori). In tutti gli altri casi la dimostrazione avviene al momento della richiesta di autorizzazione e quindi non sarà effettuato dal concorrente (alla gara) ma dall'esecutore;

- l'esecutore deve avere indicato, nell'offerta, i lavori o le parti di opere che intende subappaltare o concedere in cottimo; con il Correttivo (art. 3 lett. ggggg-undecies) è stata data la definizione di cottimo: l'affidamento della sola lavorazione relativa alla categoria subappaltabile. Si rinvia al paragrafo 4 del capitolo VII in merito alla importanza della dichiarazione di subappalto in sede di partecipazione alla gara, nel caso di categorie a qualificazione obbligatoria (elencate nell'art. 12 c. 2 lett. b) D.L n. 47/2014);

- il subappaltatore non deve aver partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto (aggiunto dal Correttivo);

- l'esecutore deve presentare alla P.A apposita richiesta di autorizzazione, almeno 20 giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni, allegando la seguente documentazione:

- a. il contratto di subappalto, corredato dalla documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato che deve indicare puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici. Tale precisazione è utile per verificare se i prezzi rispettano la prescrizione del 20% di cui si dirà in seguito;

- b. la dichiarazione, da parte del subappaltatore, attestante il possesso dei requisiti generali;

- c. la certificazione attestante il possesso dei requisiti di capacità tecnico-finanziaria riferita al subappaltatore;

- d. la dichiarazione dell'esecutore circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di colle-

gamento a norma dell'art. 2359 c.c. con il subappaltatore (o cottimista). Nel caso di consorzi o di raggruppamenti temporanei di concorrenti la dichiarazione deve essere effettuata da ciascun soggetto partecipante al consorzio o al raggruppamento;

- i prezzi unitari di subappalto non possono essere inferiori a quelli di aggiudicazione, ribassati in misura non superiore al 20%, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto;

- il subappaltatore deve osservare il trattamento economico e normativo stabilito dal contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni; l'esecutore è responsabile in solido con il subappaltatore dell'osservanza di tali norme, limitatamente alle prestazioni rese nell'ambito del subappalto;

- il subappalto non supera il 30% dell'importo complessivo del contratto; per le categorie cosiddette SIOS (oppure "solo scorporabili"), ossia opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il 10% (se prevale l'art. 89, c. 11 Codice, ma relativo all'avvalimento) o 15% (se prevale l'art. 12, c. 2, lett. b, D.L. n. 47/2014) dell'importo totale dei lavori, si ammette la possibilità di subappalto nella misura massima del 30%, che non incide sul plafond del 30% dell'importo complessivo. In merito a queste limitazioni quantitative occorre richiamare la sentenza CGE c-298/15 del 5.4.2017 che, in continuità con la sentenza c-406/14 del 14.7.2016, ha ribadito l'irregolarità della limitazione al subappalto da parte della legislazione di un paese dell'Unione, anche per gli appalti sottosoglia, se hanno un rilievo transfrontaliero certo. La violazione di questo principio potrebbe portare anche conseguenze economiche nel caso l'appalto sia finanziato con fondi europei: l'articolo 98 del regolamento (CE) n. 1083/2006 in combinato disposto con l'articolo 2, punto 7, dello stesso giustifica la necessità di applicare una rettifica finanziaria nei limiti in cui non possa escludersi che tale violazione abbia avuto un effetto sul bilancio del Fondo interessato. L'Italia ha poi ricevuto, nel 2017, un "warning" da parte della Commissione Ue (direzione generale mercato interno) con l' ammonimento sul fatto che l'introduzione nel codice appalti di un divieto generale di subappaltare i contratti e la previsione di limiti quantitativi generali e astratti applicabili laddove il subappalto è consen-

tito, sembrano in netto contrasto con le norme e la giurisprudenza Ue;

- occorre acquisire d'ufficio la verifica della regolarità contributiva (DURC) in corso di validità relativamente al subappaltatore indicato;

- gli oneri della sicurezza devono essere corrisposti al subappaltatore senza alcun ribasso. Per effettuare tale verifica occorre che l'importo degli oneri della sicurezza sia distintamente indicato nel contratto di subappalto. Per tale controllo la S.A deve sentire il DL e il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione. Se tale verifica richiede tempi superiori al termine previsto per l'autorizzazione (30 giorni o 15 giorni a seconda dell'importo) occorre prorogare il suddetto termine;

- se il subappaltatore è datore di lavoro, questi deve predisporre anche il piano operativo di sicurezza (POS), e l'Esecutore deve verificare la congruenza del POS del subappaltatore rispetto al proprio, per poi trasmetterlo al coordinatore per l'esecuzione (art. 97, c. 3, lett. b, D.Lgs. n. 81/2008);

- se l'importo del subappalto è superiore a 150.000 € occorre richiedere l'informazione prefettizia, ai sensi dell'art. 85 del D.Lgs. n. 159/2011.

Nel caso l'esecutore sia costituito da un raggruppamento temporaneo di concorrenti il soggetto deputato alla stipula del contratto di subappalto è il mandatario (capogruppo) e non i singoli componenti del raggruppamento.

L'Amministrazione deve rilasciare l'autorizzazione entro 30 giorni (oppure entro 15 giorni per i subappalti e cottimi di importo inferiore al 2% del contratto o di importo inferiore a 100.000 €) dal ricevimento dell'istanza; tale termine può essere prorogato una sola volta ove ricorrano giustificati motivi. Trascorso tale termine scatta il silenzio-assenso e così l'autorizzazione si intende concessa. La funzione della normativa sul subappalto, a contenuto di prevenzione, ed il principio che l'autorizzazione deve precedere l'attività e non seguirla, inducono a ritenere inammissibile la sanatoria dell'autorizzazione, salva l'adozione di provvedimenti per la definizione dei rapporti patrimoniali, ancorché si debba ritenere che gli stessi intercorrono, in via principale, tra l'esecutore ed il subappaltatore.

Si è già detto che è considerato subappalto, e quindi soggetto ad autorizzazione, qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singo-

laramente di importo superiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidate oppure i 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare. Al fine di considerarli subappalti occorre che siano verificate entrambe le condizioni: importo e incidenza della manodopera (con il Correttivo si è ritornati alla definizione già prevista dal vecchio Codice).

Diventa quindi di fondamentale importanza capire la distinzione tra i contratti di subappalto ed i contratti di fornitura con posa in opera (i contratti di nolo a caldo sono di più facile identificazione e quindi distinguibili dai contratti di subappalto: noleggio di macchine operatrici con relativo manovratore). Secondo alcuni si deve verificare se prevale il fare o il dare; ad esempio nell'impianto elettrico non è importante la vendita dell'interruttore o dei cavi elettrici che sono poi da mettere in opera, ma interessa che funzioni l'impianto: il contratto è sempre di subappalto. È configurabile un contratto di fornitura con posa in opera nel caso in cui con il contratto di fornitura si intenda conseguire una merce o un prodotto, che autonomamente soddisfa il bisogno per la sua stessa natura, e che quindi non è un vero e proprio subappalto in quanto ha ad oggetto un prodotto che ha già una propria individualità. In questo caso, gli eventuali lavori di posa e installazione del bene fornito sono di carattere accessorio e strumentale rispetto all'uso dello stesso. Secondo il Consiglio di Stato nella sentenza n. 518/2006 è subappalto ogni ipotesi in cui l'esecutore non esegue le prestazioni con la propria organizzazione, bensì mediante soggetti terzi, giuridicamente ed economicamente distinti. Secondo l'AVCP occorre fare riferimento alla declaratoria delle categorie di lavorazioni contenute nella tabella dell'allegato A Regolamento (ora art. 12, D.L. n. 47/2014): tutto ciò che è ivi compreso attiene ai lavori e quindi, a valle, al subappalto. Ad esempio è stato ritenuto che la fornitura e posa in opera di ferri presagomati, così pure la fornitura e posa in opera di travi precomprese prefabbricate per realizzare un ponte, oppure i travetti precompressi per i solai di un edificio, non costituiscono un autonomo lavoro. Altra ipotesi, proprio perché il subappalto è un contratto derivato, per capire cosa è subappalto occorre fare riferimento alla nozione di "appalto di lavoro" dato dall'art. 3, c. 1 lett. ll, del Codice con relativo allegato I. In tale allegato si trova un'elencazione (con relativi codici CPV - Common Procurement Vocabulary) di quelli che sono considerati ap-

palti di lavori e quindi, si aggiunge, a cascata devono essere considerati contratti di subappalto di lavori. Si evidenzia che nell'allegato sono citate diverse tipologie di contratti di nolo a caldo.

Diversa è la nozione di subappalto e la distinzione con il contratto di fornitura con posa in opera, ai fini strettamente fiscali, in materia di Imposta sul Valore Aggiunto (in particolare per l'applicazione del reverse charge), sui quali sono intervenute la sentenza C-111/2005 della Corte di Giustizia UE ed alcune risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate (nn. 148/E/2007, 164/E/2007 e 220/E/2007).

L'art. 105, c. 3 Codice puntualizza che non sono considerati subappalti le seguenti categorie di forniture e servizi:

a. l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla S.A. Ciò è stato confermato dalla seguente sentenza (C.d.S. 1661/2016): l'affidamento a terzi di interventi manutentivi ai costruttori o a ditte esclusive della manutenzione non sono subappalto ma attività specifiche che richiedono interventi di professionisti ad hoc; tuttalpiù si può parlare di contratto di "fornitura in opera" nel quale il valore della manodopera non supera il 50% e quindi sono subcontratti;

b. la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;

c. l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ovvero ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14/6/1993, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 alla GURI n. 141 del 18/6/1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A annesso alla legge n. 448/2001;

c-bis. le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

Tutti i subcontratti diversi dal subappalto (quindi anche le forniture con posa in opera e i noli a caldo se non superano i limiti prima elencati) sono soggetti a semplice comunicazione, ai sensi dell'art. 105, c. 2 Codice, prima dell'inizio della prestazione.

Nella comunicazione vanno indicati il nome, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del sub-contratto affidato; parimenti vanno comunicate le modifiche. Si ritiene che l'esecutore debba trasmettere la comunicazione con un congruo anticipo; infatti dopo tale comunicazione la S.A deve avvertire il DL e il coordinatore per l'esecuzione affinché possano essere effettuati gli adempimenti in materia di sicurezza (eventuali integrazioni dei piani di sicurezza, disposizioni da dare in apposita riunione, ecc.). Potendovi essere dei risvolti molto delicati in materia di sicurezza, nel silenzio della legge è opportuno che sia la S.A ad esplicitare, nel contratto di appalto dei lavori, i tempi di presentazione delle suddette comunicazioni.

Ci si domanda se le imprese che eseguono tali sub-contratti debbono possedere i requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziari. L'art. 84 del Codice prevede che i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, provano il possesso dei requisiti di qualificazione mediante l'attestato SOA. È poi vietato il c.d. subappalto "a cascata": il subappaltatore non può a sua volta subappaltare le prestazioni.

Non costituisce subappalto l'esecuzione dei lavori da parte dei componenti il RTC oppure dei consorziati di società consortili (infatti di solito si dice che il consorzio "assegna" i lavori al consorziato).

Si ricorda che vi sono lavorazioni che devono essere obbligatoriamente subappaltate. È il caso di quelle categorie a qualificazione obbligatoria indicate nel bando, per le quali il soggetto aggiudicatario, in sede di gara, in mancanza di adeguata qualificazione, ha dichiarato di volerle subappaltare (e si è conseguentemente qualificato con riferimento alla categoria prevalente). Se l'esecutore non richiede l'autorizzazione al subappalto occorre procedere alla risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore.

L'AVCP, nella deliberazione n. 62/2005, ha ritenuto opportuno ricordare alle figure preposte (RUP e DL) le responsabilità connesse all'omessa vigilanza nell'ipotesi di subappalto non autorizzato (ossia nel caso l'appaltatore non richieda l'autorizzazione). Infatti "si ritiene che il DL qualora rilevi, seppur incidentalmente, l'esistenza di subappalti non autorizzati (reato perseguibile penalmente ai sensi dell'art. 21 della legge n. 646/1982), è tenuto a segnalare il fatto, sia al proprio superiore gerarchico sia direttamente all'autorità giudiziaria. Quest'ultima segnalazione diviene obbligatoria se al DL si riconosce la qualifi-

ca di «pubblico ufficiale», tesi che trova riscontro in giurisprudenza". L'appaltatore che concede in subappalto lavori senza la preventiva autorizzazione, è punito con l'arresto da 6 mesi ad un anno e un'ammonda non superiore ad 1/3 del valore dell'opera ricevuta in appalto oltre alla facoltà della S.A di risolvere il contratto.

Il comma 16 dell'art. 105 Codice precisa che tra le misure con le quali si fronteggia il fenomeno del lavoro sommerso o irregolare, viene introdotta la verifica della congruità dell'incidenza della manodopera. Per il settore dei lavori la verifica è svolta dalla Cassa edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del CCNL comparativamente più rappresentative ed il Ministero del Lavoro.

I nominativi dei subappaltatori e i requisiti di qualificazione devono essere iscritti nel cartello di cantiere.

Per quanto riguarda il pagamento ai subappaltatori la legge non lascia più discrezionalità alla S.A ma indica l'obbligo di effettuare il pagamento diretto ai subappaltatori (solo) nei seguenti casi:

- a) quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa;
- b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore. Purtroppo non viene definito quando si configura l'inadempimento dell'appaltatore; è sparita la disposizione che prevedeva l'invio della copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti corrisposti al subappaltatore o cottimista, entro 20 giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei confronti dell'appaltatore. Tale disposizione può essere introdotta nel contratto. In alternativa può essere il subappaltatore a lamentare il mancato pagamento, anche tramite il pignoramento del credito presso terzi. Quindi pare che, in caso di mancato pagamento, non si sospende più il pagamento del SAL ma si dispone il pagamento direttamente al subappaltatore;
- c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente. Anche questa disposizione necessita di chiarimento.

Nel caso di pagamento al subappaltatore si ritiene che trovi applicazione la legge n. 223/2005 ossia il meccanismo dell'inversione contabile (reverse charge) per cui la S.A, se ricorrono le altre condizioni previste dalla medesima legge, è obbligata a versare l'IVA direttamente all'Amministrazione finanziaria. Vi è poi il nuovo tema della terna dei subappaltatori. In sede di offerta gli operatori economici, per

gli appalti di lavori, servizi e forniture di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, oppure, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge n. 190/2012, indicano una terna di nominativi di subappaltatori.

I subappaltatori trasmettono la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali (inclusa la Cassa edile, ove presente) prima dell'inizio dei lavori.

L'esecutore ed il subappaltatore sono solidalmente responsabili dell'adempimento degli obblighi di sicurezza da parte del subappaltatore.

9. La contabilità dei lavori

9.1. Scopo e forma della contabilità (artt. da 178 a 202 Regolamento)

La contabilità di un'opera pubblica può definirsi come la trascrizione contabile degli elaborati grafici progettuali secondo le indicazioni e le prescrizioni tecniche contenute negli atti contrattuali.

Per eseguire un'opera pubblica, oltre all'importo dei lavori veri e propri, occorre prevedere una serie di spese che, pur essendo collaterali, sono necessarie (propedeutiche o successive) per rendere compiuta e funzionante l'opera stessa. Tutte queste spese, che naturalmente devono essere direttamente attinenti all'opera, confluiscono nel quadro economico del lavoro, tramite il quale si determina la spesa complessiva necessaria per rendere funzionante l'opera stessa.

Il quadro economico è un documento che fa parte del progetto esecutivo approvato dalla S.A e comprende in primo luogo, ai sensi dell'art. 16, c. 1, Regolamento, l'importo dei lavori (suddivisi in lavori a corpo, a misura e in economia) nonché degli oneri della sicurezza (non soggetti a ribasso). All'importo dei lavori vanno aggiunte le spese collaterali (denominate somme a disposizione).

Gli atti contabili hanno per oggetto l'accertamento e la registrazione di tutti i fatti produttori spesa. La registrazione di tali fatti deve avvenire contemporaneamente al loro accadere, in particolare per le lavorazioni la cui verifica richiede scavi o demolizioni di opere (e quindi non più verificabili una volta eseguiti) al fine di consentire che con la conoscenza dello stadio di esecuzione dei lavori e dei relativi importi, l'ufficio di direzione lavori sia sempre in grado di:

1. rilasciare prontamente gli stati di avanzamento dei lavori, cosicché il RUP possa poi emettere i certificati di pagamento degli acconti,

2. controllare lo sviluppo dei lavori e impartire tempestivamente le debite disposizioni per la relativa esecuzione entro i limiti delle somme autorizzate,

3. promuovere senza ritardo gli opportuni provvedimenti in caso di insufficienza di fondi; il DL dovrà promuovere la perizia di variante oppure, se sono state iscritte riserve per importi rilevanti, l'accordo bonario.

La contabilità dei lavori può essere effettuata anche attraverso l'utilizzo di programmi informatici; se la direzione lavori è affidata a professionisti esterni, i programmi informatizzati devono essere preventivamente accettati dal RUP.

Sono a carico dell'esecutore tutte le spese di bollo inerenti agli atti occorrenti per la gestione del lavoro, dal giorno della consegna a quello dell'emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione.

Gli atti contabili redatti dal DL sono atti pubblici a tutti gli effetti di legge. Le affermazioni della P.A (e per essa del DL e del RUP) laddove sono valutazioni, ossia manifestazioni di giudizio, sono contestabili in qualsiasi sede, ma le attestazioni di fatti avvenuti costituiscono atti pubblici e quindi la loro validità non può essere disattesa, se non dietro querela di falso. L'atto pubblico ha forza privilegiata: fa piena prova, fino a querela di falso, ex art. 2700 c.c., sia della sua provenienza che delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta essere avvenuti in sua presenza o da lui compiuti.

I documenti amministrativi contabili per l'accertamento dei lavori e delle somministrazioni sono i seguenti.

9.2. Giornale dei lavori (art. 182 Regolamento)

In esso vengono annotati in ciascun giorno l'ordine, il modo e l'attività con cui progrediscono le lavorazioni, la specie ed il numero di operai, l'attrezzatura tecnica impiegata nonché quant'altro interessi l'andamento tecnico ed economico dei lavori. Sono riportate le circostanze che possono influire sui lavori, inserendovi le osservazioni meteorologiche ed idrometriche (è importante indicarle soprattutto quando si sono sospesi i lavori per motivi di avverse condizioni atmosferiche); le indicazioni sulla natura dei terreni (importante quando si ritrovano dei terreni con natura diversa da quella preventivata)

e quelle particolarità che possono essere utili. Sono inoltre annotate altre notizie elencate nei suddetti articoli.

Il giornale dei lavori è tenuto da un assistente del DL; il frontespizio è firmato dal RUP. Il DL, ogni 10 giorni e comunque in occasione di ciascuna visita (viene così precisato che il DL non deve necessariamente essere sempre presente in cantiere, ma deve visitarlo almeno una volta ogni 10 giorni), verifica l'esattezza delle annotazioni, aggiunge le osservazioni, le prescrizioni e le avvertenze che ritiene opportune, apponendo la data e la firma, di seguito all'ultima annotazione dell'assistente.

Il giornale dei lavori è importante perché contiene giorno per giorno quello che accade in cantiere ed è utile alla S.A, qualora sorgano controversie, per difendersi dalle eventuali richieste da parte dell'esecutore, spesso basate su elementi presuntivi, per ricordare ciò che è realmente avvenuto.

9.3. *Libretti di misura delle lavorazioni e delle provviste (artt. da 183 a 185 Regolamento)*

Contiene la misura e la classificazione delle lavorazioni e delle provviste, ed in particolare:

- il genere di lavorazione o provvista,
- la parte di lavorazione eseguita ed il posto,
- le figure quotate delle lavorazioni eseguite,
- trattandosi di lavorazioni che modificano lo stato preesistente, devono allegarsi i profili e i piani quotati raffiguranti lo stato delle cose prima e dopo le lavorazioni,
- altre memorie esplicative.

Se le quantità devono essere desunte dall'applicazione di medie, sono specificati nel libretto, oltre ai risultati, i punti ed oggetti sui quali sono stati fatti saggi, scandagli e misure e gli elementi ed il processo sui quali sono state calcolate le medie. Se si utilizzano programmi di contabilità computerizzata (anche questi devono essere preventivamente accettati dal RUP), la compilazione dei libretti delle misure viene effettuata attraverso la registrazione delle misure rilevate direttamente in cantiere in apposito brogliaccio (contabilità provvisoria) ed in contraddittorio con l'esecutore. L'utilizzo di computer, anche portatili, dovrebbe ora permettere l'aggiornamento in tempo reale dei libretti di misura. I libretti delle misure sono molto importanti soprattutto per i lavori a misura, pertanto occorre che essi siano sempre aggiornati, alla presenza dell'esecutore (che quindi deve essere invitato ad intervenire alle mi-

sure) e devono essere immediatamente firmati. Se l'esecutore rifiuta di presenziare alle misure o di firmare i libretti si procede in presenza di due testimoni, che devono firmare (compito dei testimoni non è attestare che le misure reali siano corrispondenti a quanto riportato sul libretto, ma solo attestare che quanto viene scritto sia stato realmente fatto).

Per i lavori a corpo, sul libretto delle misure vengono annotati, in occasione di ogni stato d'avanzamento e per ogni categoria di lavorazione prevista nello schema di contratto, la quota percentuale che è stata eseguita. La valutazione viene effettuata dal DL il quale può basarsi anche sul computo metrico estimativo, nonostante non faccia parte del contratto. Tali quote percentuali eseguite vengono distintamente riportate nel registro di contabilità.

Per quanto riguarda il soggetto che deve redigere il libretto delle misure si rinvia al paragrafo 10 sui contratti a corpo e i contratti a misura.

9.4. *Liste settimanali delle somministrazioni (art. 187 Regolamento)*

In questo documento sono specificate le lavorazioni eseguite, il nominativo, la qualifica e il numero di ore degli operai impiegati per ogni giorno della settimana, nonché il tipo e le ore quotidiane di impiego dei mezzi d'opera forniti e l'elenco delle provviste eventualmente fornite, documentate dalle rispettive fatture quietanzate. Sono trascritte per sunto sul registro di contabilità. Ciascun assistente preposto alla sorveglianza dei lavori predispone una lista separata. Ciascuna lista è firmata dall'esecutore (o dal tecnico che rappresenta l'esecutore).

9.5. *Registro di contabilità (artt. 188 e 189 Regolamento)*

In esso sono trascritte le lavorazioni e le somministrazioni dal libretto delle misure, in ordine cronologico, richiamando la pagina del libretto nella quale fu notato l'articolo di elenco corrispondente ed il prezzo unitario di appalto. È tenuto e firmato dal DL, oppure attribuito all'ispettore di cantiere, ma sempre sotto la diretta responsabilità del DL che quindi lo deve firmare. È stato abrogato l'art. 211 c. 2 Regolamento, con relativa vidimazione del registro.

Una volta compilato, deve essere firmato dall'esecutore nel giorno in cui gli viene presentato. Se l'esecutore non lo firma, è invitato a farlo entro il termine perentorio di 15 giorni (è quindi necessario che l'invito alla firma sia fatto per iscritto) e, qua-

lora persista nell'astensione o nel rifiuto, se ne fa espressa menzione nel registro.

Per la tenuta del registro è ammissibile l'utilizzo di programmi informatizzati, con l'obbligo di rispettare le formalità prescritte, nonché la bollatura.

Il registro di contabilità è molto importante perché ha per oggetto l'accertamento e la registrazione di tutti i fatti producenti spesa per la realizzazione dell'opera. È nel registro di contabilità che l'esecutore deve iscrivere le domande di cui crede di avere diritto (riserve); a queste devono seguire le motivate deduzioni del DL.

9.6. *Sommario del registro di contabilità (art. 193 Regolamento)*

In occasione di ciascun stato di avanzamento devono essere indicati, sul sommario del registro di contabilità, la quantità di ogni lavorazione eseguita e i relativi importi. È firmato dal DL e dal RUP.

9.7. *Stato di avanzamento dei lavori (art. 194 Regolamento)*

Quando si verificano le condizioni previste nel contratto per il pagamento della rata di acconto, il DL redige lo stato d'avanzamento. Il termine per l'emissione dello stato d'avanzamento deve essere specificato nel contratto. Nello stato d'avanzamento sono riassunte tutte le lavorazioni e tutte le somministrazioni eseguite dal principio dell'appalto sino ad allora. Ad esso è unita una copia degli eventuali nuovi prezzi, indicando gli estremi dell'intervenuta approvazione. Gli importi sono ricavati dal registro di contabilità; dall'importo così determinato viene operata una ritenuta dello 0,50% a garanzia dell'osservanza delle norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, sicurezza, salute, assicurazione e assistenza dei lavoratori (art. 30 c. 5-bis Codice).

Il SAL è un documento molto importante perché, a seguito della sua emissione, inizia l'iter di pagamento, rispettando le tempistiche previste dalla legge. Così è stato deciso che il DL risponde di danno erariale in caso di eccesso di stima del SAL (ossia di sostanziale differenza tra quanto eseguito e quanto corrisposto nel SAL), va invece esclusa la responsabilità del RUP il quale, nell'emissione del certificato di pagamento deve procedere ad una verifica soltanto formale del SAL (Corte Conti sezione giurisdizionale per la regione Lombardia sent. n. 62 del 3.5.2017).

Gli stati di avanzamento lavori sono da intendersi provvisori, in quanto subordinati ai risultati del collaudo.

9.8. *Certificati per il pagamento delle rate di acconto (art. 195 Regolamento)*

A seguito dell'emissione del SAL il RUP rilascia apposito certificato di pagamento; a seguito del Correttivo tale termine deve essere non superiore a 45 giorni (art. 113-bis Codice).

La disposizione dell'art. 180 c. 3, lett. a Regolamento può sembrare fuorviante in quanto pare sottintendere che il certificato di pagamento sia rilasciato dal DL; dal combinato disposto degli artt. 181 (c. 4) e 195 del Regolamento risulta che il certificato di pagamento deve essere rilasciato dal RUP. Un'interpretazione che voglia dare un senso all'art. 180 prima menzionato potrebbe condurre all'ipotesi che il DL redige il certificato di pagamento (che in effetti ricalca quasi interamente il SAL) e il RUP lo rilascia dopo averlo firmato.

Il RUP invia il certificato di pagamento alla S.A, in originale e in due copie, per l'emissione del mandato di pagamento, da emettere entro i canonici 30 giorni dall'emissione del certificato di pagamento (è possibile un maggior termine, massimo 60 giorni, ai sensi dell'art. 4 c. 4 D.Lgs. 231/2002). Nel caso di appalto comprendente lavori da tener distinti, come nel caso di lavori che fanno capo a fonti diverse di finanziamento, occorre emettere distinti certificati di pagamento, anche se emessi nella stessa data in forza di uno stesso contratto.

Per il pagamento degli acconti è necessario richiedere la regolarità contributiva (DURC), anche degli eventuali subappaltatori.

Nel caso di ritardo nel pagamento spettano all'esecutore gli interessi moratori previsti dal D.Lgs. n. 231/2002 (sono abrogate le norme che prevedevano l'applicazione di speciali tassi di interesse).

Nel caso l'importo dei lavori sia superiore a 500.000 euro va data comunicazione all'Osservatorio entro 60 giorni. Per ottemperare all'obbligo relativo al monitoraggio opere pubbliche in attuazione del D.Lgs. n. 229/2011 il quale prevede che le Amministrazioni pubbliche e i soggetti destinatari di finanziamenti a carico del bilancio dello Stato finalizzati alla realizzazione di opere pubbliche trasmettano alla BDAP (Banca Dati delle Amministrazioni Pubbliche), istituita con la legge n. 196/2009, a cadenza almeno trimestrale e secondo modalità stabilite, una serie di dati (anagrafici, finanziari, fisici, pro-

cedurali e così via) relativi alle opere pubbliche di propria competenza oggetto dei citati finanziamenti, potrebbe essere consigliabile compilare la scheda dell'Osservatorio anche per importi inferiori, che così verranno trasmessi al sito della BDAP tramite scambio dati dall'Osservatorio alla BDAP.

9.9. *Certificato di ultimazione dei lavori (art. 199 Regolamento)*

Questo documento non è elencato nell'art. 181 Regolamento tra i documenti contabili, ma poi è disciplinato unitamente ad essi.

Intervenuta l'ultimazione dei lavori l'esecutore ne dà comunicazione formale al DL che effettua i necessari accertamenti in contraddittorio con l'esecutore e rilascia, senza ritardo alcuno, il certificato che attesta l'avvenuta ultimazione dei lavori, in doppio esemplare.

Il certificato di ultimazione può prevedere l'assegnazione di un termine perentorio, non superiore a 60 giorni, per il completamento di lavorazioni di piccola entità, accertate dal DL come del tutto marginali e non incidenti sull'uso e sulla funzionalità dei lavori. Il mancato rispetto di questo termine comporta l'inefficacia del certificato di ultimazione e la necessità di redazione di un nuovo certificato che accerti l'avvenuto completamento delle lavorazioni non terminate. La disposizione è vaga: non è specificato cosa succede nel caso di inefficacia del certificato di ultimazione. In particolare non specifica se ciò comporta l'applicazione delle penali per ritardo fino all'emanazione del nuovo certificato che accerta l'avvenuto completamento delle lavorazioni non terminate e neanche cosa avviene se tali lavorazioni non vengano mai completate. Si ritiene che, trattandosi di lavorazioni marginali, si possa ugualmente procedere con le operazioni di collaudo; in quella sede saranno determinate le detrazioni da porre a carico dell'esecutore per i lavori non completati. Questa disposizione va poi combinata col termine per la redazione del certificato di collaudo (6 mesi) o di regolare esecuzione (3 mesi). Si ritiene che il termine per compiere il collaudo non possa iniziare a decorrere dal termine di ultimazione accertato da un certificato di ultimazione inefficace (una maggiore precisione della norma sarebbe stata opportuna). Molto spesso le maggiori difficoltà si incontrano proprio in prossimità del termine dei lavori in quanto residuano lavorazioni di piccolo importo e quindi di scarso interesse per l'esecuto-

re, ma non per questo meno importanti per avere un lavoro finito a regola d'arte. Se il termine per il rilascio del certificato di collaudo o di regolare esecuzione cominciasse a decorrere dall'ultimazione dei lavori, pur in presenza di lavorazioni non ultimate, residuerebbe un termine troppo breve per il loro rilascio: 4 mesi per il collaudo (6 mesi - 2 mesi per il completamento delle lavorazioni non eseguite) o addirittura un mese soltanto per il certificato di regolare esecuzione (3 mesi - 2 mesi).

Il certificato di ultimazione lavori è firmato dal DL e dall'esecutore.

Il DL ha l'obbligo di redigere, il giorno stabilito per il termine dei lavori, un verbale di constatazione sullo stato dei lavori in contraddittorio con l'esecutore. È la sede opportuna affinché il DL dia le opportune disposizioni se i lavori non sono ultimati nonostante il termine sia scaduto, affinché i lavori vengano ultimati quanto prima.

Entro 60 giorni dall'emissione del certificato di ultimazione va trasmessa la comunicazione all'Osservatorio dei contratti pubblici (se l'importo dei lavori è superiore a 40.000,00 euro).

9.10. *Conto finale (artt. 200 e 201 Regolamento)*

È il documento nel quale sono riassunte tutte le lavorazioni e tutte le somministrazioni eseguite. È redatto al termine dei lavori con le stesse modalità previste per lo stato di avanzamento lavori e quindi richiede la previa sottoscrizione del registro di contabilità da parte dell'esecutore, con tutte le conseguenze relative in tema di riserve.

Il conto finale è redatto dal DL entro il termine stabilito nel capitolato speciale. Nel fissare tale termine massimo occorre tenere presente che il conto finale è documento necessario per emettere il certificato di collaudo o il certificato di regolare esecuzione. Il certificato di collaudo deve essere emesso entro 6 mesi dall'ultimazione dei lavori (e il certificato di regolare esecuzione addirittura entro 3 mesi) per cui è bene che il termine per emettere il conto finale non sia troppo lungo.

Nel redigere il conto finale, se vi sono ritardi nell'ultimazione dei lavori, il DL deve calcolare la penale per ritardo nel suo intero ammontare; dopodiché trasmette il conto finale al RUP e sarà poi quest'ultimo a comminare la penale effettuando la valutazione giuridica circa l'eventuale parziale riduzione della penale stessa. La penale sarà infine verificata dal collaudatore. Nel caso la penale venga ridotta dal giudice non ci sarà pagamento di interessi per-

ché l'applicazione della penale in toto era giusta, è il giudice che può ridurla secondo equità.

Il DL trasmette il conto finale al RUP unitamente alla propria relazione sul conto finale. Successivamente il RUP invita l'esecutore a firmare il conto finale entro un termine non superiore a 30 giorni. All'atto della firma del conto finale l'esecutore non può iscriverne domande per oggetto o per importo diverse da quelle formulate nel registro di contabilità durante lo svolgimento dei lavori e deve confermare le riserve già iscritte sino a quel momento negli atti di contabilità per le quali non siano intervenuti atti di transazione o di accordo bonario. L'esecutore può invece aggiornare l'importo delle domande. Si ritiene che l'aggiornamento dell'importo sia ammesso solo limitatamente ai cosiddetti fatti continuativi, in quanto altrimenti si avrebbe l'iscrizione di una domanda per importo diverso da quello formulato nel registro di contabilità cosa che, come detto prima, non è possibile.

Se l'esecutore non firma il conto finale nel termine indicato di 30 giorni (è quindi necessario che l'invito alla firma sia fatto per iscritto), oppure se lo sottoscrive senza confermare le domande già formulate nel registro di contabilità, il conto finale si ha come da lui definitivamente accettato.

Si deve richiedere il DURC.

9.11. Relazione del DL al conto finale (artt. 200 e 201 Regolamento)

La relazione è redatta e firmata dal DL, ed è trasmessa al RUP unitamente al conto finale. In essa sono indicate le vicende alle quali l'esecuzione del lavoro è stata soggetta e sono allegati i documenti elencati all'art. 200 Regolamento, inerenti l'esecuzione dell'appalto.

9.12. Relazione del RUP sul conto finale (art. 202 Regolamento)

È redatta e firmata dal RUP entro 60 giorni dalla firma dell'esecutore del conto finale oppure scaduto il termine dei 30 giorni dall'invito alla firma. In essa il RUP esprime parere motivato sulla fondatezza delle domande dell'esecutore per le quali non siano intervenuti la transazione o l'accordo bonario.

Tale relazione è sottratta al diritto d'accesso, ai sensi dell'art. 234, c. 5, Regolamento e comprende i seguenti documenti:

1. contratto di appalto, atti addizionali ed elenchi nuovi prezzi, con le copie dei relativi decreti di approvazione;

2. registro di contabilità, corredato dal relativo sommario;

3. processi verbali di consegna, sospensioni, riprese, proroghe e ultimazione dei lavori;

4. relazione del DL con relativa documentazione (ma senza ripetere i documenti già compresi nella relazione medesima per evitare una duplicazione);

5. domande dell'esecutore (già comprese nel registro di contabilità e nel conto finale).

9.13. La contabilità dei lavori in economia (artt. da 203 a 210 Regolamento)

Per i lavori in economia è ovviamente prevista una contabilità semplificata, secondo il principio di proporzionalità.

Per i lavori in amministrazione diretta di importo inferiore a 20.000 euro (i lavori a cottimo fiduciario sono scomparsi dal mondo giuridico), la contabilità può essere redatta in forma semplificata mediante apposizione del visto del DL sulle fatture di spesa, che attesta la corrispondenza del lavoro svolto con quanto fatturato, secondo valutazioni proprie del DL. Anche il certificato di regolare esecuzione può essere sostituito con l'apposizione del visto del DL sulle fatture di spesa.

10. Il contratto a corpo e il contratto a misura (art. 3, c. 1, lett. dddd-eeee, Codice - artt. 184 e 185 Regolamento)

Il contratto può essere stipulato a corpo oppure a misura oppure parte a corpo e parte a misura. È scomparsa nel nuovo Codice l'imposizione o la preferenza per l'una o per l'altra forma (precedentemente era preferito l'appalto a corpo). Solo i lavori concernenti i beni mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico, gli scavi archeologici, anche subacquei, nonché quelli relativi a ville, parchi e giardini di cui all'articolo 10, comma 4, lettera f) del codice dei beni culturali e del paesaggio (D.Lgs. 42/2004), sono appaltati di norma a misura (art. 148 c. 6 Codice).

In generale il rischio della difficoltà dell'opera deve essere sopportato dall'appaltatore; rientra tra i suoi obblighi esercitare il controllo della validità tecnica del progetto fornito dal committente.

Nei contratti a misura il corrispettivo viene determinato applicando alle unità di misura delle singole parti del lavoro eseguito i prezzi unitari dedotti in contratto, per cui il prezzo convenuto può variare,

in aumento o in diminuzione, secondo le quantità effettive della prestazione. Il capitolato speciale d'appalto fissa i prezzi invariabili per unità di misura e per ogni tipologia di prestazione. Nell'ambito di lavori a misura, il libretto delle misure è un documento molto importante perché questo determina l'ammontare del corrispettivo di cui l'esecutore ha diritto (e non solo il momento in cui sorge il diritto al pagamento dell'acconto, come avviene nell'appalto a corpo). Ecco che diventa essenziale la presenza dell'esecutore nel momento delle misurazioni e della conseguente redazione del libretto (art. 185, c. 2, Regolamento).

Per i contratti a corpo, il corrispettivo si riferisce alla prestazione complessiva come eseguita e come dedotta dal contratto, per cui il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità (a parità della qualità) della prestazione. Pertanto quanto previsto nel computo metrico estimativo non è mai vincolante essendo le quantità, come pure le categorie di lavoro, a completo rischio dell'esecutore. Secondo il Regolamento (art. 137, ora abrogato) il computo metrico estimativo non faceva parte della documentazione contrattuale; il Codice invece (art. 32 c. 14-bis), a seguito del Correttivo prevede invece che il computo estimativo metrico fa parte del contratto. Per tale motivo l'offerta doveva essere accompagnata dalla dichiarazione di aver tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative (art. 118, c. 2, Regolamento ma ora anch'esso abrogato) restando l'offerta comunque fissa ed invariabile. Per i lavori a corpo la contabilizzazione è effettuata sul libretto delle misure per quota percentuale eseguita distintamente sulle aliquote delle singole categorie di lavorazioni ritenute omogenee, valutazione effettuata autonomamente dal DL.

Nel caso di contratto di appalto a corpo, l'offerente formula la propria offerta economica sulla base dei grafici di progetto e delle specifiche tecniche contenute nel capitolato speciale d'appalto. Rimane così a proprio rischio la determinazione dei fattori produttivi necessari per la realizzazione dell'opera (quantità e costi dei materiali occorrenti, produttività e costi delle maestranze e dei tecnici nonché modalità esecutive). Da ciò discende la immodificabilità del prezzo determinato a corpo, anche se l'esecuzione dell'appalto richiederà l'impiego di una quantità maggiore o minore dei fattori produttivi rispetto a quella che l'esecutore aveva preventivato al momento di formulare l'offerta.

Il concetto di immodificabilità del prezzo a corpo non è però assoluto ed inderogabile, trovando il limite nella pedissequa rispondenza dell'opera da eseguire ai disegni esecutivi ed alle specifiche tecniche (che comprendono le prestazioni tecniche dei vari materiali e componenti) entrambi forniti dalla S.A in sede di progetto e sulla base dei quali l'offerente ha eseguito i propri calcoli e le proprie stime economiche e si è determinato a formulare la propria offerta, ritenendola congrua e conveniente rispetto alle prestazioni da eseguire. La predeterminazione del sinallagma contrattuale viene meno allorché vi sia una modifica dei disegni esecutivi (e quindi una modifica dell'oggetto del contratto) che comporti la necessità di maggiori (ovvero minori) quantità di opere o lavorazioni rispetto a quelle stimate al momento della fissazione del prezzo da parte dell'esecutore; oppure vi sia una variazione delle specifiche tecniche, previste nel progetto facente parte del contratto che, variando l'oggetto del contratto, comportino maggiori o minori costi ed oneri per l'esecutore. Analogamente l'esecutore non ha diritto al corrispettivo per le opere previste nel progetto ma non eseguite. Così pure, se l'esecutore impiega materiali o componenti aventi qualche carenza nelle dimensioni, nella consistenza o nella qualità, oppure una lavorazione di minor pregio (tutto naturalmente previa autorizzazione della direzione lavori, perché l'esecutore non può unilateralmente modificare l'opera) deve essere applicata un'adeguata riduzione di prezzo nella contabilità (oltre che una penalità per avere eseguito un'opera con qualità diversa da quella progettata). Tuttavia anche il contratto a corpo non fa venir meno, in assoluto, il diritto dell'appaltatore a compensi per i maggiori oneri sostenuti in dipendenza di circostanze a lui non imputabili, ma a precise condizioni; innanzitutto il maggior onere deve essere di consistenza tale da superare la normale alea contrattuale, inoltre deve dipendere da fatti che non era possibile prevenire o controllare al momento della conclusione del contratto.

In un medesimo contratto possono essere comprese prestazioni da eseguire parte a corpo e parte a misura.

11. Le riserve (artt. 190, 191 e 201 Regolamento)

L'esecutore deve sempre eseguire le disposizioni del DL, senza poter sospendere o ritardare il regolare sviluppo dei lavori. Se egli ha delle contestazioni o delle riserve deve iscrivere negli atti contabili e,

precisamente, deve iscriverle subito nel registro di contabilità, la prima volta che lo sottoscrive, e poi ripeterle nel conto finale. La riserva costituisce il sistema per contestare i risultati contabili e rappresenta l'unico modo che ha l'esecutore per far valere le proprie pretese in ordine al rapporto oggetto del contratto.

Così, qualora l'imprenditore non concordi con la contabilizzazione operata nel registro di contabilità ha l'onere di firmare il registro con riserva.

Quando il fatto che dà luogo alla richiesta dell'esecutore trae origine da un altro documento, sottoscritto dall'esecutore prima del registro di contabilità, l'esecutore ha l'obbligo di iscrivere la riserva nel primo documento. Infatti l'art. 191, c. 2, Regolamento prevede che la riserva vada iscritta, a pena di decadenza, anche sul primo atto dell'appalto idoneo a riceverla, successivo all'insorgenza o alla cessazione del fatto che ha determinato il pregiudizio dell'esecutore. Tale atto deve essere pertinente (ad es. per le contestazioni in merito alle misure, la riserva va iscritta prima sul libretto delle misure e poi sul registro di contabilità).

La riserva, per essere tempestiva, deve essere iscritta anche in documenti che non rientrano tra gli atti amministrativo-contabili elencati dall'art. 181, se la potenzialità causale del fatto è già nota; così, nel caso di illegittimo ordine di sospensione dei lavori, la riserva deve essere formulata, a pena di decadenza, non appena sia emersa la rilevanza causale del danno derivante da tale fatto, e al più tardi nel verbale di ripresa dei lavori (art. 107 Codice).

Per quanto riguarda le contestazioni inerenti all'ordine di servizio la riserva andava scritta sull'ordine di servizio medesimo; ora non è chiaro se gli ordini di servizio siano ancora normativamente previsti.

Nel caso di contabilità provvisoria si fanno delle misurazioni approssimative e quindi sarà all'atto della firma del registro di contabilità (che normalmente avviene all'emissione dello stato di avanzamento dei lavori) a fare fede la misurazione e in quel momento sorge l'onere di iscrivere le riserve. Invece per la qualificazione della categoria di lavoro (es. scavo in sezione invece che scavo in roccia) si deve fare riserva subito, nella contabilità provvisoria.

L'esecutore deve poi successivamente firmare anche il registro di contabilità con riserva, indicando la motivazione della propria richiesta (petitum) e quantificare la cifra di compenso cui crede di avere diritto (quantum), all'atto della firma del registro di contabilità immediatamente successiva al verificarsi o al cessare del fatto pregiudizievole. Se manca

uno dei due elementi (motivazione e quantificazione) la riserva si ha come non apposta e l'esecutore decade definitivamente dal diritto di far valere in qualunque temine e modo le proprie ragioni. Se al momento della sottoscrizione del registro di contabilità l'esecutore non è in grado di motivare e quantificare la propria richiesta egli può firmare il registro "con riserva" e poi esplicitare e quantificare la riserva (domanda) nel termine di 15 giorni, a pena di decadenza. La riserva è pertanto atto distinto dalla domanda, anche se funzionalmente collegato e necessariamente antecedente. Le riserve sono, così, un espediente tecnico che consentono all'esecutore, nei 15 giorni che seguono, di esplicitare e di indicare, a pena di decadenza, con precisione, le cifre in compenso cui crede di aver diritto e le ragioni di ciascuna domanda. Per ragioni della domanda non si intendono le ragioni giuridiche ma quelle di fatto (l'esecutore non è un giurista); l'importante è che egli espliciti il fondamento della propria richiesta perché, a contrario, la pretesa che sia formulata in modo generico deve essere dichiarata improponibile. È da rilevare che tale obbligo di estrema precisione esiste solo nei confronti del registro di contabilità, in quanto sugli altri documenti contabili le riserve possono essere formulate genericamente.

Ciascuna di dette iscrizioni costituisce un atto a forma vincolata quanto a tempo e modalità di formulazione, nel senso che la stessa deve essere necessariamente contenuta nel documento e nel contesto previsto dalla legge, senza possibilità di equipollenti, quali diffide, pur tempestive, ed atti di costituzione in mora, essendo rilevante al fine indicato esclusivamente il rituale compimento dell'atto come richiesto dalla norma.

Tale procedimento ha le seguenti finalità:

- a) consentire alla P.A la verifica dei fatti suscettibili di produrre un incremento delle spese previste con l'immediatezza che ne rende più sicuro e meno dispendioso l'accertamento;
- b) assicurare la continua evidenza delle spese dell'opera, in relazione alla corretta utilizzazione ed eventuale integrazione dei mezzi finanziari;
- c) mettere l'Amministrazione tempestivamente in grado di adottare altre possibili determinazioni, in armonia con il bilancio pubblico, fino ad esercitare la potestà di risoluzione unilaterale del contratto.

Se l'esecutore firma il registro di contabilità senza riserve, i fatti registrati si intendono definitivamente accertati e l'esecutore accetta quelle quantità e quei prezzi, quindi non può più pretendere nulla

per quelle categorie di lavoro. Stessa cosa si verifica se l'esecutore sottoscrive il registro di contabilità "con riserva" ma poi non la quantifica e non la motiva nei successivi 15 giorni.

Dal mancato adempimento dell'onere di tempestiva iscrizione delle riserve deriva che i fatti e le contabilizzazioni risultanti dagli atti contabili dell'appalto si considerano come accertati e l'esecutore decade dal diritto di far valere, in qualunque tempo e modo, le pretese a essi relative. Tali pretese non potranno mai essere prese in considerazione né in sede amministrativa né in sede contenziosa. La mancata tempestiva iscrizione di riserva, relativa a qualsivoglia maggior costo asseritamente sostenuto dall'appaltatore di opera pubblica, comporta la decadenza dal diritto al pagamento per i maggiori costi delle opere eseguite e preclude la proposizione dell'azione di indebito arricchimento, che è connotata dal requisito della sussidiarietà (art. 2042 c.c.).

Si pone il dubbio se la decadenza dal diritto debba essere fatta valere dall'Amministrazione e se quest'ultima possa rinunciarvi.

Nonostante la decadenza sia stabilita nell'interesse esclusivo della S.A, onde il diritto a far valere la stessa sia da considerare iure privatorum disponibile e rinunciabile, anche tacitamente, superiori ragioni di oculata gestione del pubblico denaro, riconducibili in senso lato al buon andamento della P.A evocato dall'art. 97 della Costituzione, decisamente si oppongono a una tale opzione ermeneutica. Negli appalti di opere pubbliche, la circostanza che il diritto dell'esecutore ai maggiori compensi per i quali è stata iscritta riserva sia disponibile, non consente di ritenere disponibile anche la posizione dell'Ente pubblico tenuto al pagamento. Tale Ente è, infatti, soggetto alle norme sulla contabilità pubblica e non può, per questo, rinunciare, né in forma espressa, né in forza di un comportamento tacito concludente, alla decadenza disposta dalla legge in ordine alla regolarità della procedura stabilita per l'iscrizione delle riserve nei registri di contabilità. Questo principio è espressione della più generica impossibilità da parte della P.A di rinunciare alla prescrizione di un debito. Si ricorda che gli atti di liberalità non sono ammissibili per la P.A, ove non si rinvenga un interesse pubblico significativamente idoneo a supportarlo, in quanto in contrasto con i principi di economicità dell'azione amministrativa. Pertanto è stata ritenuta non ammissibile la rinuncia al credito o la remissione del debito. Altre volte però la Cassazione ha ritenuto che la decadenza deve essere eccitata dalla S.A; quindi la mancata contestazione

dell'intempestività della riserva apposta dall'esecutore equivale alla rinuncia all'eccezione medesima e conseguentemente fa venir meno il diritto a far valere la decadenza dell'esecutore dalle pretese di maggiori compensi. Per evitare ogni dubbio è bene che il RUP, nel valutare la fondatezza o meno della riserva, valuti preliminarmente la sua tempestività. La riserva è una manifestazione di volontà per evitare che la firma venga interpretata come accettazione di quanto scritto, ma non costituisce un'intimazione di pagamento e tanto meno è idonea a costituire in mora l'Amministrazione appaltante, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1219 c.c.: è infatti solo con l'approvazione del collaudo che l'Amministrazione approva l'opera e la contabilità, e viene liquidato il credito dell'esecutore, sulla base delle conclusioni del collaudatore, e che quindi le riserve, se accolte, si concretizzano, per l'esecutore, in un credito certo, liquido ed esigibile. Così pure la firma dell'Amministrazione sullo stato di avanzamento dei lavori non presuppone l'accettazione della riserva, è solo coll'approvazione del certificato di collaudo che l'Amministrazione approva l'opera e quindi la contabilità.

L'onere dell'immediata denuncia, da parte dell'esecutore, del fatto o della situazione oggetto di riserva ed il sistema delle preclusioni che esso pone a carico di quest'ultimo comportano altresì che, indicata nel registro di contabilità una ragione specifica, all'esecutore non è consentito di sostituirla con altra causale in precedenza non indicata (le riserve devono essere formulate in modo specifico ed indicare con precisione le ragioni sulle quali esse si fondano).

La quantificazione della riserva è effettuata in via definitiva, senza possibilità di successive integrazioni o incrementi rispetto all'importo scritto (le riserve devono contenere la precisa quantificazione delle somme che l'esecutore ritiene gli siano dovute). Tuttavia l'art. 201 al comma 2 Regolamento prevede che l'esecutore all'atto della firma del conto finale deve ripetere le riserve già iscritte nel registro di contabilità (pena la decadenza) eventualmente aggiornandone l'importo. Si ritiene che l'aggiornamento sia relativo in prevalenza ai cosiddetti *fatti continuativi*, cioè fatti suscettibili, sulla base di una causa costante o di una serie causale, di protrarre nel tempo gli effetti dannosi, senza peraltro rivelarsi immediatamente produttivi di maggiore onerosità. Qualora si versi nell'ipotesi di nuovi e imprevisi accadimenti che si prospettino con carattere di continuità, i momenti della iscrizione delle riserve e la quantizzazione sono sdoppiati: subito occorre l'i-

scrizione della riserva mentre la relativa quantificazione può essere rinviata a data successiva, quando ciò sarà possibile, momento che può essere anche la sottoscrizione del conto finale. L'onere della riserva va adempiuto nel momento della "percezione" della dannosità, anche solo potenziale, dell'evento imprevisto, quindi va iscritta contestualmente o immediatamente dopo che tali fatti hanno evidenziato la potenzialità dannosa, salvo poi precisarne l'entità nelle registrazioni successive o in sede di chiusura del conto finale, se la quantificazione non sia al momento possibile. In tali situazioni, infatti, è solo la quantificazione del danno che può essere rinviata a data successiva, atteso che - anche per i fatti c.d. "continuativi" - la volontà dell'esecutore di ottenere il pagamento di somme di danaro non espressamente previste dal contratto deve esplicitarsi non già quando il maggior onere si è quantificato, bensì quando è insorta la possibilità che l'Amministrazione pubblica sia chiamata a risponderne e, quindi, con il manifestarsi dell'evento non previsto. Si deve distinguere il momento nel quale il danno sia obiettivamente ma presumibilmente configurabile, da quello in cui esso sia precisamente quantificabile, sorgendo l'onere di iscrivere la riserva fin dal primo di tali momenti e potendo, invece, la specifica quantificazione operarsi nelle successive registrazioni. Nell'eventualità che la sospensione possa essere illegittima fin dall'inizio, l'esecutore deve inserire la sua riserva nello stesso verbale di sospensione e dovrà poi iscrivere regolare riserva o domanda nel registro di contabilità quando egli successivamente lo sottoscriva, ripetendo quindi la riserva stessa nel verbale di ripresa e nel registro di contabilità successivamente firmato. Nel caso in cui la sospensione dei lavori non presenti immediata rilevanza onerosa, verificandosi la sopraindicata idoneità del fatto a produrre il conseguente pregiudizio od esborso soltanto all'atto della cessazione della sospensione medesima, vuoi nel caso in cui quest'ultima, originariamente legittima, diventi solo successivamente illegittima, la relativa riserva non potrà che essere apposta nel verbale di ripresa dei lavori o, in mancanza di tale verbale (la cui compilazione è rimessa all'iniziativa dell'appaltante), nel registro di contabilità successivamente firmato, ovvero, in caso di ulteriore mancanza anche di quest'ultimo registro, tempestivamente comunicata all'Amministrazione mediante apposito atto scritto.

Non spetta all'Amministrazione provare che l'esecutore aveva la reale possibilità di quantificare già subito le partite; è vero invece il contrario: dinanzi

al fatto obiettivo della lacunosità delle riserve tocca all'esecutore dimostrare che una causa obiettivamente non imputabile a sua negligenza aveva reso inevitabile l'incompletezza. In definitiva le riserve debbono essere formulate in modo da consentire all'Amministrazione, con esattezza, non solo di verificare i fatti indicati dall'esecutore ma anche di conoscere il quantum dell'esborso eventualmente necessario per poter prendere tempestivamente le proprie decisioni.

Non sono soggette all'onere immediato della riserva solo le pretese dell'esecutore che hanno per oggetto elementi estranei all'appalto o al contenuto del registro di contabilità o che sono previste per legge. Per esempio sono sottratte al regime dell'onere della riserva le richieste di interessi moratori da parte dell'esecutore con riferimento al ritardo nel pagamento della rata di saldo conseguente all'inadempiamento dell'obbligo dell'Amministrazione di effettuare il collaudo.

Dopo che l'esecutore ha iscritto riserva sul registro di contabilità, con relativa quantificazione e motivazione, il DL, nei successivi 15 giorni, deve esporre, sempre nel registro di contabilità, le sue motivate deduzioni (cosiddette controdeduzioni del DL). Non è sufficiente che egli genericamente contesti tali riserve: il DL non può limitarsi a dire che respinge la riserva in linea di fatto e di diritto (come invece avveniva tempo addietro) ma deve contestare le richieste dell'esecutore in maniera chiara e precisa. In mancanza, se si va avanti il giudice, la difesa della S.A avrà una valenza inferiore; rimane il principio che sarà l'esecutore a dover dare la prova dei danni subiti ma non tutti i fatti possono essere provati a distanza di tempo e quindi il giudice può basarsi su prove indirette (la S.A, tramite il DL, aveva la possibilità di contestare e motivare il dissenso nella sede opportuna, se non l'ha fatto ne subisce le conseguenze). Se il DL omette di motivare in modo esauriente le proprie deduzioni e non consente alla S.A di controbattere le pretese dell'esecutore, incorre in responsabilità per le somme che, per tale negligenza, la S.A dovesse essere tenuta a pagare.

Come già anticipato, l'esecutore deve poi confermare espressamente le riserve sul conto finale, altrimenti queste si intendono abbandonate giacché, ai sensi dell'art. 201, comma 3 Regolamento, la mancata conferma delle riserve precedentemente iscritte comporta l'accettazione del conto predisposto dal DL.

L'ordinaria trattazione delle riserve rinvia la definizione al collaudo finale, tramite l'istituto dell'ac-

cordo bonario che deve essere obbligatoriamente attivato dal RUP al ricevimento del certificato di collaudo, qualsiasi sia l'ammontare delle riserve. Qualora invece si raggiunga la soglia prevista all'art. 205 Codice, il DL deve attivarsi affinché venga iniziato il procedimento di accordo bonario in corso di esecuzione. Quest'ultimo istituto è stato introdotto perché le Stazioni Appaltanti tendono a posticipare quanto più possibile il problema, in modo tale da rinviare la soluzione alla fine dei lavori.

L'art. 205 c. 2 Codice ripropone i limiti alla possibilità di iscrivere "riserve" (già previsti dall'art. 240-bis vecchio Codice): "Non possono essere oggetto di riserva gli aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica ai sensi dell'articolo 26". Questo naturalmente riduce la possibilità dell'esecutore di poter essere risarcito; diminuisce altresì la responsabilità del verificatore in quanto le parti verificate vengono a beneficiare di una sorta di presunzione assoluta di esattezza. Alcune perplessità sorgono sia in merito al tetto delle riserve che possono essere oggetto di accordo bonario (15%) sia alla presunzione di infallibilità del verificatore; occorre attendere le prime pronunce giurisprudenziali in merito.

Riepilogando, gli atti sui quali iscrivere le riserve sono i seguenti:

1. Verbale di consegna, per le operazioni di consegna dei lavori;
2. Verbale di sospensione lavori, se la si ritiene illegittima;
3. Verbale di ripresa dei lavori, per sospensioni inizialmente legittime ma poi trasformatesi in illegittime;
4. Ordine di servizio, per le riserve inerenti al contenuto dell'ordine;
5. Registro di contabilità, per tutte le riserve;
6. Conto finale: vanno confermate tutte le riserve iscritte nel registro di contabilità. Le riserve non confermate si intendono come mai apposte. Non possono esser iscritte nuove riserve;
7. Collaudo: solo per le operazioni di collaudo.

12. I pagamenti (artt. 102 e 113-bis Codice, artt. 194 e 195 Regolamento), gli acconti e l'anticipazione (art. 35 Codice); la regolarità contributiva (art. 30 cc. 5 e 5-bis Codice e art. 196 Regolamento)

Nel contratto di appalto normalmente il pagamento avviene tramite stati di avanzamento lavori (SAL), ossia acconti in corso d'opera. Nel contratto di ap-

palto il diritto al pagamento sorge solo al momento del collaudo; i SAL sono acconti sul corrispettivo che hanno la finalità di agevolare l'attività dell'esecutore, evitandogli un eccessivo ricorso al credito bancario o all'autofinanziamento. Secondo alcuni l'erogazione di acconti in corso d'opera costituisce per l'Amministrazione un obbligo poiché l'art. 103 c. 6 Codice prevede una rata di saldo da erogare soltanto dopo che sia stato effettuato il collaudo provvisorio dell'opera e previa prestazione di garanzia fideiussoria da parte dell'esecutore. La norma non si spinge a definire l'importo dei pagamenti in acconto, che quindi è lasciato alla discrezionalità della S.A, da esplicitare nello schema di contratto. Tali acconti possono essere definiti o come importo assoluto (ad esempio: al raggiungimento di euro 100.000 di lavori eseguiti) oppure in percentuale sull'importo di contratto (ad esempio: al raggiungimento del 15% dell'importo di contratto), oppure a date prestabilite (ad esempio: ogni tre mesi a decorrere dalla stipula del contratto) oppure, infine, a determinati step di esecuzione (ad esempio: il 10% ad avvenuta esecuzione del primo solaio ecc.). Al di là dell'obbligo legislativo o meno circa la necessità degli stati d'avanzamento, è senz'altro opportuno prevedere almeno un pagamento in acconto, altrimenti l'esecutore si vedrebbe remunerato solo dopo oltre due anni dal termine dei lavori (ossia quando il collaudo è divenuto definitivo).

Allorché maturano le condizioni per il pagamento dell'acconto, quantificato sulla base dei dati risultanti dal registro di contabilità (che deve in tale occasione essere sottoscritto dall'esecutore) il DL deve rilasciare lo stato di avanzamento lavori nel termine indicato nel contratto. Naturalmente il diritto dell'esecutore ad essere pagato sorge solamente se i lavori sono stati regolarmente eseguiti.

Il SAL viene emesso dal DL e deve poi essere sottoposto al coordinatore per l'esecuzione il quale deve attestare che, per le lavorazioni contabilizzate, l'appaltatore ha adottato le misure di sicurezza prescritte dai piani di sicurezza (D.Lgs. n. 81/2008, allegato XV, punto 4.1.6).

Il RUP rilascia il certificato di pagamento, previa verifica della regolarità contributiva dell'affidatario e del subappaltatore (art. 196 Regolamento e art. 105 c. 9 Codice), entro 45 giorni decorrenti dall'adozione del SAL (art. 113-bis Codice), e lo invia alla S.A ai fini dell'emissione del mandato di pagamento, che deve intervenire entro 30 giorni dalla data di rilascio del certificato di pagamento oppure dalla data di ricezione della fattura o della richiesta equi-

valente di pagamento qualora successiva alla data di rilascio del certificato di pagamento (L.G. ANAC n. 3/2016 punto 6.t).

Il certificato di pagamento deve essere annotato sul registro di contabilità, per cui occorre che il RUP ne informi il DL.

Entro 60 giorni dall'emissione del certificato di pagamento relativo al SAL va trasmessa comunicazione all'Osservatorio dei contratti pubblici (se l'importo dei lavori è superiore a 500.000 euro).

Una volta terminati i lavori ed emesso il conto finale la parte non ancora pagata confluisce nella rata di saldo. All'emissione del conto finale il RUP deve chiedere la regolarità contributiva.

La rata di saldo deve essere corrisposta, secondo il Codice (art. 113-bis c. 3 che richiama il D.Lgs. 231/2002), entro 30 (massimo 60) giorni dall'emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, previa presentazione della garanzia fideiussoria.

Anche per il collaudo va richiesto il DURC.

Al momento dell'approvazione del certificato di collaudo il RUP potrà liberare le ritenute effettuate ai sensi dell'art. 30 c. 5-bis Codice (cosiddette ritenute a garanzia), ove gli enti competenti non abbiano comunicato eventuali inadempienze.

L'art. 30 c. 5 Codice prevede che se il DURC segnala un'inadempienza contributiva (non importa se dell'esecutore o dei subappaltatori) il RUP deve trattenere dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza (il DURC deve riportare anche l'importo dei contributi dovuti), ma, precisa ora il Codice, solo per i contributi relativi a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, impiegato nell'esecuzione del contratto (quindi non quelli relativi ad altri cantieri). Tale importo sarà poi versato direttamente agli Enti previdenziali e assicurativi o alla Cassa Edile.

Nel caso di ritardo nell'emissione del certificato di pagamento o dei titoli di spesa relativi agli acconti e alla rata di saldo rispetto ai termini stabiliti dal contratto spettano all'esecutore gli interessi calcolati secondo le regole del c.c.

In caso di Raggruppamento Temporaneo di Concorrenti (RTC) pare ormai assodato che ciascun componente il RTC emetta fattura alla P.A mentre i pagamenti verranno effettuati a favore del capogruppo. In alternativa la liquidazione potrà avvenire a favore di ciascun componente il raggruppamento, per l'importo da ciascuno fatturato, ma in tale caso la fattura dovrà esser accompagnata da apposita au-

torizzazione da parte del capogruppo che contenga ampia liberatoria da parte di quest'ultimo (per evitare contestazioni in merito alla ripartizione del corrispettivo all'interno del raggruppamento).

Nel caso sia previsto il pagamento diretto al subappaltatore delle prestazioni eseguite, l'esecutore deve comunicare alla P.A la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore (o cottimista) con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento.

Nel caso che la spesa sia fronteggiata con mutuo della Cassa depositi e prestiti, il calcolo del tempo contrattuale per la decorrenza degli interessi di ritardato pagamento non tiene conto dei giorni intercorrenti tra la spedizione della domanda di somministrazione e la ricezione del relativo mandato di pagamento presso la competente sezione di tesoreria provinciale, purché tale circostanza sia stata richiamata nel bando di gara (ai sensi dell'art. 13, D.L. n. 55/1983). È stato chiarito che, affinché operi tale sospensione nei termini di pagamento, è sufficiente che il bando riporti l'indicazione del finanziamento con la Cassa depositi e prestiti; non è necessaria la trascrizione del dato normativo di riferimento e neppure la previsione dell'esclusione dal calcolo del periodo di mora. In tale caso il cartello di cantiere o apposito cartello dovrà riportare la dicitura: "opera realizzata con mutuo della Cassa Depositi e Prestiti con i fondi del risparmio postale".

Vi è l'obbligo di corrispondere l'anticipo del 20% (con ciò abrogando implicitamente, ma solo per i lavori pubblici, il divieto di anticipazioni previsto dall'art. 5, D.L. n. 79/1997), del valore del contratto entro 15 giorni dall'effettivo inizio dei lavori, subordinato alla costituzione di garanzia fidejussoria (di importo pari all'anticipazione maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario per il recupero della somma anticipata secondo il cronoprogramma dei lavori) svincolabile gradualmente, in rapporto al progressivo recupero dell'anticipazione. Tale anticipazione va recuperata fino alla concorrenza dell'importo sui pagamenti effettuati nel corso del primo anno contabile; nel caso di contratti sottoscritti nel corso dell'ultimo trimestre dell'anno, l'anticipazione è corrisposta nel primo mese dell'anno successivo ed è compensata nel medesimo anno contabile. L'esecutore deve restituire l'anticipazione se l'esecuzione dei lavori non procede secondo i tempi contrattuali previsti nel cronoprogramma.

La legge n. 190/2014 ha introdotto il cosiddetto *split payment*: l'IVA relativa alle cessioni di beni e alle prestazioni di servizi effettuate nei confronti degli enti

pubblici territoriali, fatturate dal 1.1.2015, deve essere versata all'Amministrazione finanziaria direttamente dai cessionari e/o committenti. Nella fattura deve essere riportata l'annotazione "scissione dei pagamenti". Il Consiglio Ue con decisione del 14.7.2015 ha dato il proprio benestare al meccanismo speciale di riscossione dell'imposta sulle forniture alle pubbliche amministrazioni, ma solo fino al 31.12.2017.

L'art. 1, commi da 209 a 214 della legge 244/2007 (legge finanziaria 2008) ha introdotto l'obbligo dell'emissione, trasmissione, conservazione e archiviazione esclusivamente in forma elettronica delle fatture emesse nei rapporti con gli Enti locali. Il D.M. 3.4.2013, n. 55, ha stabilito le regole in materia. La circolare interpretativa MEF n. 1 del 31.3.2014 ha fissato la data in cui scatta l'obbligo: per gli enti locali è scattato dal 1.4.2015.

13. Le modifiche soggettive dell'esecutore del contratto (art. 48, cc. 17-19, artt. 106 e 110 Codice)

La dinamicità della vita delle imprese ha reso necessario disciplinare anche la possibilità che nel corso del contratto l'esecutore subisca modifiche soggettive.

Regole particolari valgono per le modifiche dei soggetti che compongono il RTC, differenziate a seconda che la modifica riguardi il mandante o il capogruppo (mandatario): si rinvia all'art. 48 cc. 17-19 Codice.

Ora è prevista la possibilità che un nuovo contraente sostituisca quello a cui la S.A aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:

- 1) una clausola di revisione inequivocabile se le modifiche sono state previste nei documenti di gara iniziali;
- 2) all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del Codice;
- 3) l'A.A o l'ente aggiudicatore si assume gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori.

Pare non più possibile alla S.A opporsi al subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto, se sussistono i requisiti visti sopra.

Qualora l'esecutore sia sottoposto a procedure concorsuali (fallimento o misure straordinarie di gestione) si applica l'art. 110 Codice. Si può anche applicare l'istituto dell'interpello ossia chiedere progressivamente ai soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori. Il C.d.S. (sentenza n. 3573/2016) ha stabilito che al secondo che subentra non possono essere riconosciuti oneri di frammentazione miranti a compensare i maggiori costi sostenuti che derivano dall'eseguire una prestazione già in parte eseguita rispetto all'originaria offerta.

Cap. XXIX **Il collaudo dei lavori**

1. Disposizioni preliminari (art. 102 Codice, artt. da 215 a 220 e 238 Regolamento)

Scopo del collaudo è verificare e certificare l'esatto adempimento del contratto, sotto l'aspetto quantitativo e qualitativo, da parte dell'esecutore. Più specificamente, il collaudo ha lo scopo di accertare e certificare che l'opera o il lavoro sia stato eseguito a regola d'arte e secondo le prescrizioni tecniche prestabilite, in conformità del contratto, delle sue eventuali varianti e dei conseguenti atti di sottomissione o degli atti aggiuntivi debitamente approvati. La verifica della buona esecuzione è effettuata attraverso gli accertamenti, i saggi ed i riscontri che il collaudatore giudica necessari.

Ha altresì lo scopo di verificare che i dati risultanti dalla contabilità finale e dai documenti giustificativi corrispondano fra loro e con le risultanze di fatto, non solo per dimensioni, forma e quantità, ma anche per qualità dei materiali, dei componenti e delle provviste, e che le procedure espropriative (se poste a carico dell'esecutore) siano state espletate tempestivamente e diligentemente.

Il collaudo deve comprendere, infine, l'esame delle riserve dell'esecutore, sulle quali non sia intervenuta una risoluzione definitiva in via amministrativa. Il collaudo deve essere emesso non oltre 6 mesi dall'ultimazione dei lavori. Se le operazioni si prolungano oltre tale termine, l'organo di collaudo ne dà comunicazione all'esecutore e al RUP, indicando le cause e i provvedimenti da assumere per completare le operazioni di collaudo. Nel caso il ritardo sia imputabile al collaudatore, il RUP assegna un termine non superiore a 30 giorni per il completa-

mento delle operazioni, trascorsi inutilmente i quali propone alla S.A la decadenza dell'incarico, ferma restando la responsabilità del collaudatore per i danni che dovessero derivare dall'inadempienza.

Il giudizio di competenza del collaudatore si caratterizza per essere di natura esclusivamente tecnica e per riguardare la funzionalità dell'opera concretamente realizzata sulla base delle necessarie prove tecniche nonché la sua conformità al progetto e alle eventuali varianti adottate dalla P.A; non spetta al collaudatore rifiutare il collaudo per motivi diversi da questi e ricollegabili all'illegittimità di eventuali varianti adottate. I profili di illegittimità della variante (quali anche quelli connessi all'eventuale violazione della par condicio e dunque alla possibilità che la vita stessa del contratto - a base dell'aggiudicazione - possa essere retroattivamente recisa) non rientrano nelle competenze del collaudatore.

Oltre al collaudo tecnico amministrativo di cui sopra occorre effettuare anche le verifiche tecniche previste dalla normativa di settore, ad esempio il collaudo statico delle strutture, forma più approfondita di collaudo (realizzata con specifiche prescrizioni e modalità) cui devono essere sottoposte le opere in cemento armato o a struttura metallica. Secondo il D.M. 14.1.2008 emanato dal Ministero delle Infrastrutture "Approvazione delle nuove norme tecniche per le costruzioni" il collaudo statico riguarda "il giudizio sul comportamento e le prestazioni delle parti dell'opera che svolgono funzione portante".

L'importanza del collaudo viene in rilievo nella seguente sentenza della Corte dei Conti sezione giurisdizionale per l'Emilia Romagna n. 1222 del 7.7.2010, in merito al momento in cui sorge la responsabilità per danno erariale: *il collaudo è l'operazione mediante la quale si verifica e si certifica la buona esecuzione dell'opera e costituisce il momento procedimentale attraverso il quale la amministrazione esprime sostanzialmente l'accettazione dell'opera, rendendo definitiva la liquidazione del credito dell'appaltatore e quindi certo ed attuale il danno; con il che è da escludere che il momento della maturazione dei c.d. anticipi sul corrispettivo pattuito spettante all'appaltatore possa segnare il dies a quo da cui comincia a decorrere la prescrizione dell'azione di danno a titolo di responsabilità amministrativa.*

È prevista la costituzione di un albo dei collaudatori che sarà costituito secondo le modalità dettate da un Decreto MIT previsto dal Codice ma non ancora emanato, e che soppianderà l'art. 216 Regolamento; un altro Decreto MIT dovrà disciplinare più in ge-

nerale le modalità tecniche del collaudo con contestuale abrogazione delle relative norme del Regolamento.

2. Soggetti che svolgono il collaudo

Il collaudo deve essere eseguito da un soggetto, il collaudatore, che non abbia partecipato né alla progettazione né all'esecuzione dei lavori, al fine di garantire la sua imparzialità.

La S.A deve affidare l'incarico di collaudo entro 30 giorni dalla data di ultimazione dei lavori, ovvero dalla consegna degli stessi in caso di collaudo in corso d'opera. Considerati i tempi stretti per la emissione del certificato di collaudo (normalmente 6 mesi) è bene conferire l'incarico di collaudo almeno contestualmente al termine dei lavori e per fare questo occorre attivarsi per tempo.

La nomina del collaudatore spetta all'A.A; tale competenza sussiste anche nel caso di lavori finanziati da diversa Amministrazione pubblica.

Se per il collaudo sono necessarie più professionalità diverse, il collaudo può essere affidato ad una commissione composta da due o tre membri. La commissione può anche essere mista, ossia composta da membri dipendenti della S.A e da altri soggetti liberi professionisti oppure dipendenti di altre pubbliche amministrazioni.

La commissione di collaudo è un organismo collegiale perfetto, ed è entità diversa dal raggruppamento di professionisti, con la conseguenza che i due istituti non appaiono conciliabili. Infatti l'art. 220 Regolamento dispone che le operazioni di collaudo sono dirette dal presidente della commissione (designato dalla S.A), in quanto *primus inter pares*, ed il cui voto prevale in caso di parità e, soprattutto, il successivo comma 2 consente la stesura di una relazione "di minoranza" da parte dei componenti del collegio dissenzienti, nel quale esporre le proprie ragioni.

Gli atti di collaudo sono firmati da tutti i componenti della commissione.

Per il collaudo è la norma stessa a prevedere che l'incarico è svolto prioritariamente da personale interno e, in questo caso è aggiunto, anche da dipendenti di AA.AA, sulla base dei criteri di rotazione al fine di assicurare uniformità e trasparenza nella distribuzione degli incarichi. Tali collaudatori, a seguito del Correttivo, dovranno essere iscritti all'Albo dei collaudatori nazionale o regionale, che sarà costituito tramite decreto Ministero Infrastrutture, ancora da emanare.

La S.A deve preventivamente indicare i criteri per le nomine (competenza ed esperienza in base alla tipologia e alla complessità dell'intervento) e poi darne motivazione indicando gli specifici requisiti che hanno determinato la scelta, al fine di assicurare un'equa ripartizione degli incarichi.

Solo nel caso di carenza in organico e di difficoltà di ricorrere a dipendenti di altre AA.AA si può ricorrere all'esterno, affidando un incarico con le stesse procedure già viste per la progettazione e direzione lavori.

Per l'affidamento dell'incarico ai liberi professionisti si applicano, in quanto compatibili, le norme previste in merito all'affidamento di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria nei settori ordinari. Per quanto riguarda le garanzie vanno richieste la cauzione provvisoria e quella definitiva, dato che si tratta di attività diversa dalla redazione del progetto e del piano di sicurezza. Per assicurare la rotazione degli incarichi è previsto che il soggetto esterno incaricato di un collaudo in corso d'opera non può essere incaricato dalla medesima S.A di un nuovo collaudo, se non sono trascorsi almeno 6 mesi dalla chiusura delle operazioni del precedente collaudo. Per i collaudi non in corso d'opera il divieto è stabilito in un anno. Per le stazioni appaltanti nazionali la cui struttura organizzativa è articolata su basi locali (es. ANAS), il divieto è limitato alla singola articolazione locale. Viene ribadito che tale divieto non vale per i collaudatori appartenenti all'organico delle stazioni appaltanti.

Il collaudo deve essere eseguito da persone dotate di specifica qualificazione professionale, commisurata alla tipologia e categoria dell'intervento, alla sua complessità ed al relativo importo. I collaudatori devono possedere una laurea in ingegneria, architettura e, limitatamente ad un solo componente, in geologia, scienze agrarie e forestali, ed essere abilitati all'esercizio della professione. Soltanto per i lavori di manutenzione il collaudo può essere affidato ad un funzionario delle stazioni appaltanti munito di diploma tecnico che abbia prestato servizio per almeno 5 anni presso AA.AA ovvero ad un tecnico diplomato geometra o perito iscritto da almeno 5 anni all'ordine o collegio professionale. Possono fare parte della commissione, limitatamente ad un componente, i funzionari amministrativi delle stazioni appaltanti laureati in scienze giuridiche ed economiche o equipollenti, che abbiano prestato servizio per almeno 5 anni presso AA.AA. Tale possibilità risulta importante nel caso di appalti complessi oppure ove vi sia la necessità di esprimere

re parere in merito alle riserve, nel quale devono essere affrontate (e risolte) questioni giuridiche (ed economiche).

Per i collaudatori che non sono dipendenti delle AA.AA è richiesta l'iscrizione all'albo professionale:

- da almeno 5 anni per lavori di importo inferiore a 5.000.000 di euro,
- da almeno 10 anni per lavori di importo pari o superiore a 5.000.000 di euro.

Per assicurare l'imparzialità dei soggetti che svolgono l'attività di collaudo è stabilito che non possono essere affidati incarichi di collaudo a coloro che si trovano nelle condizioni previste all'art. 102 c. 7 Codice (e all'art. 216 c. 7 Regolamento).

Nel caso debba essere svolto il collaudo statico, questo deve essere affidato al soggetto incaricato del collaudo tecnico-amministrativo, se in possesso dei requisiti specifici previsti dalla legge. L'art. 67 del D.P.R. n. 380/2001 prevede che il collaudo statico deve essere eseguito da un ingegnere o da un architetto, iscritto all'albo da almeno dieci anni, che non sia intervenuto in alcun modo nella progettazione, direzione, esecuzione dell'opera. Il collaudo statico deve essere effettuato prima del collaudo tecnico-amministrativo. Infatti il già citato art. 67 del D.P.R. n. 380/2001 prevede che: "*Completata la struttura con la copertura dell'edificio, il direttore dei lavori ne dà comunicazione allo sportello unico e al collaudatore che ha 60 giorni di tempo per effettuare il collaudo*". Quindi il collaudo statico deve iniziare dal completamento della struttura con la copertura dell'edificio, momento che di regola precede il completamento dell'intera opera. Questa disposizione rende maggiormente necessario procedere alla nomina del collaudatore ben prima del termine dei lavori. Il collaudatore ha poi 60 giorni di tempo per effettuare il collaudo statico (art. 67, c. 5, D.P.R. n. 380/2001).

L'intera attività di collaudo di un'opera pubblica ha il fine di verificare e di certificare l'esatta esecuzione dell'opera in conformità al progetto ed al capitolato; pertanto, compete a tutti i membri della commissione di collaudo la qualifica di pubblico ufficiale.

In relazione alla figura del tecnico collaudatore, la giurisprudenza della Corte dei conti (sez. giur. Toscana n. 792 del 19.12.2005) è orientata nel senso di ritenere che la verifica della rispondenza tecnica dell'opera realizzata alle regole d'arte e, dunque, i poteri certificativi esercitati, consentono di qualificare il tecnico collaudatore quale organo straordinario dell'amministrazione appaltante e conse-

guentemente, al pari di quanto già visto in merito al DL, di affermare la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti del collaudatore, anche se libero professionista, nei casi in cui si riscontri una difformità tra l'opera realizzata e collaudata ed il progetto.

3. *Il compenso dei collaudatori*

Il compenso spettante a ciascun collaudatore esterno, per l'effettuazione del collaudo e della revisione degli atti contabili, va determinato applicando le tariffe professionali ossia il DM 17/6/2016 emanato in ottemperanza all'art. 24 c. 8 nuovo Codice (che richiama l'art. 31 c. 8 Codice, richiamato a sua volta dall'art. 102 c. 6).

Secondo il D.P.R. n. 207/2010 (art. 238) per il collaudo in corso d'opera il compenso è aumentato fino ad un massimo del 20% al fine di remunerare i maggiori impegni richiesti ed il rimborso delle spese accessorie previste dalla tariffa può essere determinato forfettariamente, per ogni singolo componente, in misura del 30% del compenso previsto. Per il collaudo in corso d'opera detta percentuale può essere elevata fino al 60%. Per la redazione del verbale previsto in seguito alla risoluzione del contratto si fa riferimento all'onorario a vacazione della tariffa (si ricorda che tale importo dovrebbe essere posto a debito dell'esecutore inadempiente).

Gli incaricati del collaudo dipendenti dalla P.A hanno diritto alla ripartizione dell'incentivo previsto all'art. 113 Codice. Nella ripartizione vi entra anche l'incaricato del collaudo statico o di altro eventuale collaudo specialistico. Per i dipendenti di altre amministrazioni si applicano la tariffa e l'art. 61 c. 9 DL 112/2008 (2).

Le spese per il collaudo sono comprese nel quadro economico dell'intervento.

4. *Il collaudo in corso d'opera*

Normalmente il collaudo è un'operazione che viene eseguita a fine lavori. Vi sono però alcuni casi parti-

colari in cui, oltre al collaudo finale, occorre eseguire anche il collaudo in corso d'opera.

È obbligatorio il collaudo tecnico amministrativo in corso d'opera quando si verifica uno dei seguenti casi:

- la direzione dei lavori non è eseguita da personale dipendente della S.A o da altre amministrazioni pubbliche;
- contratti di concessione;
- contratti affidati con dialogo competitivo;
- contratti di locazione finanziaria;
- appalto di progettazione e costruzione;
- interventi comprendenti significative e non abituali lavorazioni non più ispezionabili in sede di collaudo finale;
- l'aggiudicazione dei lavori è avvenuta con un ribasso superiore alla soglia di anomalia (probabilmente il legislatore teme che l'esecutore cerchi di recuperare il ribasso sul prezzo a discapito della qualità).

Qualora il certificato di collaudo sia sostituito dal certificato di regolare esecuzione (nei casi che saranno illustrati successivamente) non è obbligatorio neanche il collaudo in corso d'opera.

La S.A può richiedere al collaudatore in corso d'opera parere sulle varianti, richieste di proroga e situazioni particolari che si possono determinare nel corso dell'appalto (ad esempio nel caso di ritardo nell'esecuzione dei lavori).

5. *I documenti da trasmettere al collaudatore*

Una volta ultimati i lavori il RUP deve trasmettere al collaudatore i documenti, in originale, che interessano la conduzione del contratto d'appalto, come elencati all'art. 217 Regolamento.

L'organo di collaudo può poi chiedere al RUP o al DL altra documentazione necessaria o utile.

Nel caso di collaudo in corso d'opera la documentazione di cui sopra deve essere trasmessa man mano che viene emessa, dopodiché non sarà più da trasmettere a fine lavori.

I documenti, prima di essere trasmessi in originale, devono essere duplicati dal RUP, che ne custodisce copia conforme.

6. *L'avviso ad opponendum: avviso ai creditori (art. 218 Regolamento)*

Al momento della redazione del certificato di ultimazione dei lavori il RUP dà avviso dell'ultimazio-

(2) Il 50% del compenso spettante al dipendente pubblico per l'attività di componente o di segretario del collegio arbitrale è versato direttamente ad apposito capitolo del bilancio dello Stato; il predetto importo è riassegnato al fondo di amministrazione per il finanziamento del trattamento economico accessorio dei dirigenti ovvero ai fondi perequativi istituiti dagli organi di autogoverno del personale di magistratura e dell'Avvocatura dello Stato, ove esistenti; la medesima disposizione si applica al compenso spettante al dipendente pubblico per i collaudi svolti in relazione a contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

ne dei lavori (cosiddetto avviso ad opponendum), tramite comunicazione al Sindaco o ai Sindaci dei Comuni nei cui territori sono stati eseguiti i lavori, invitando coloro i quali vantano crediti verso l'esecutore per indebite occupazioni, di aree o stabili e danni arrecati nell'esecuzione dei lavori, a presentare, entro un termine non superiore a 60 giorni, le ragioni dei loro crediti e la relativa documentazione. Trascorsi i 60 giorni il Sindaco trasmette al RUP i risultati dell'anzidetto avviso con le prove delle avvenute pubblicazioni ed i reclami eventualmente presentati. Il RUP invita l'impresa a soddisfare i crediti che egli riconosce fondati e quindi rimette al collaudatore i documenti ricevuti dal Sindaco o dai Sindaci interessati, aggiungendo il proprio parere in merito a ciascun titolo di credito ed eventualmente le prove delle avvenute tacitazioni.

La norma non disciplina la possibilità che l'esecutore rifiuti di tacitare le ragioni di credito, ancorché il RUP le ritenga fondate. Si ritiene che il collaudatore possa ugualmente procedere al collaudo trattenendo eventualmente la cifra necessaria a tutelare le ragioni di credito dei creditori, in quanto la normativa vigente non contempla l'impossibilità di collaudo come conseguenza della mancata pubblicazione degli avvisi ad opponendum (deliberazione AVCP n. 36/2004). Rimane da chiarire quali sono le conseguenze che derivano dalla mancata pubblicazione dell'avviso ai creditori (una conseguenza potrebbe essere la possibilità per i creditori di fare valere le proprie pretese senza termine di scadenza), oppure dalla mancata tacitazione dei creditori (in questo caso sarebbe bene, a titolo cautelativo, trattenere l'importo reclamato).

7. Il procedimento di collaudo (artt. da 221 a 237 Regolamento)

Nel caso di collaudo in corso d'opera il collaudatore (anche statico) effettua visite in corso d'opera al fine di accertare il progressivo regolare svolgimento dei lavori. La periodicità delle visite in corso d'opera è stabilita dal collaudatore; in particolare è opportuno che vengano effettuati sopralluoghi durante l'esecuzione delle fondazioni ed in generale di quelle lavorazioni significative la cui verifica risulti impossibile o particolarmente complessa successivamente all'esecuzione (infatti uno dei motivi per i quali viene conferito il collaudo in corso d'opera è proprio la presenza di lavorazioni che non sono più verificabili a lavori ultimati). Il collaudatore dovrà eseguire sopralluoghi anche in caso di anomalo andamento

dei lavori rispetto al programma, per accertarne le cause.

Alle visite di collaudo in corso d'opera devono essere invitati l'esecutore ed il DL e di esse viene redatto apposito verbale. Nel verbale il collaudatore riferisce anche sull'andamento dei lavori e sul rispetto dei termini contrattati e contiene le osservazioni ed i suggerimenti ritenuti utili e necessari. I verbali di visita devono essere trasmessi al RUP entro i 30 giorni successivi alla data cui si riferiscono.

Al termine dei lavori il RUP invia al collaudatore i documenti che interessano le vicende dell'appalto. Il collaudatore li esamina e ne accerta la completezza, dopodiché fissa il giorno della visita definitiva informandone il RUP ed il DL. Quest'ultimo ne dà tempestivo avviso all'esecutore, al personale incaricato della sorveglianza e della contabilità dei lavori e, ove necessario, agli eventuali incaricati dell'assistenza giornaliera dei lavori ed anche a quegli altri funzionari o rappresentanti di amministrazioni od enti pubblici che, per speciali disposizioni, ad esempio perché finanziano l'opera, è previsto per clausola contrattuale o convenzionale che devono essere presenti al collaudo, affinché intervengano alle visite di collaudo.

Se l'esecutore, pur tempestivamente invitato, non interviene alle visite di collaudo, queste vengono esperite alla presenza di due testimoni (estranei alla S.A) e la relativa spesa è posta a carico dell'esecutore.

Il DL ha l'obbligo di essere presente alle visite di collaudo. Se gli altri soggetti, malgrado siano stati invitati, non si presentano (e non si fanno rappresentare), le operazioni di collaudo hanno luogo ugualmente; dell'assenza se ne fa menzione nel verbale.

Per eseguire il collaudo l'esecutore mette a disposizione, a propria cura e spesa, gli operai ed i mezzi d'opera necessari. La normativa non pone limiti alle verifiche richieste dal collaudatore; dovranno comunque essere contenute nei limiti della ragionevolezza. Rimane a carico dell'esecutore quanto occorre per ristabilire le parti del lavoro che sono state alterate nell'eseguire tali verifiche. Se l'esecutore non ottempera a siffatti obblighi, il collaudatore dispone che sia provveduto d'ufficio. Le relative spese sono poste a carico dell'esecutore, deducendole dal suo residuo credito.

Della visita di collaudo è redatto il processo verbale (termine che sta ad evidenziare come debbano essere descritte tutte le operazioni nel loro divenire). Il processo verbale deve riportare gli elementi elencati all'art. 223 del Regolamento. I verbali sono firma-

ti dall'organo di collaudo, dall'esecutore, dal DL e dal RUP (se intervenuto), nonché dagli altri soggetti obbligati ad intervenire al collaudo. È inoltre firmato da quegli assistenti la cui testimonianza è invocata negli stessi verbali per gli accertamenti di taluni lavori.

Per lavori di notevole importanza il capitolato speciale d'appalto può fissare un termine per la presentazione del conto finale maggiore di quello stabilito per il periodo di garanzia; in questo caso la visita di collaudo ha luogo decorso il suddetto periodo, fatta salva la regolarizzazione degli atti di collaudo dopo la liquidazione dei lavori. Di tali circostanze è fatta espressa menzione nel verbale di visita.

Il collaudatore deve poi raffrontare i dati di fatto risultanti dal processo verbale di visita con i dati di progetto e delle varianti approvate e dei documenti contabili e formulare le proprie considerazioni sul modo con cui l'impresa ha osservato le prescrizioni contrattuali e le disposizioni impartite dal DL.

Sulla base di quanto rilevato, il collaudatore, anche sulla scorta dei pareri del RUP, determina se il lavoro sia o no collaudabile. Nei casi in cui il lavoro sia collaudabile indica:

- a quali condizioni e restrizioni si possa collaudare;
- le modificazioni da introdursi al conto finale. In caso di discordanza fra la contabilità e lo stato di fatto le verifiche sono estese al fine di apportare le opportune rettifiche nel conto finale;
- il credito liquido dell'esecutore;
- le valutazioni sulle modalità di conduzione dei lavori da parte dell'esecutore e dei subappaltatori.

Con apposita relazione riservata il collaudatore espone il proprio parere sulle riserve e domande dell'impresa e sulle eventuali penali sulle quali non sia già intervenuta una risoluzione definitiva.

In caso di gravi discordanze fra la contabilità e lo stato di fatto, il collaudatore sospende le operazioni e ne riferisce al RUP presentandogli le proprie proposte; quest'ultimo trasmette alla S.A la relazione e le proposte del collaudatore.

Se il collaudatore riscontra difetti o mancanze di poca entità e riparabili in breve tempo, egli prescrive specificatamente le lavorazioni da eseguire, assegnando all'esecutore un termine; il certificato di collaudo non è rilasciato sino a che da apposita dichiarazione del DL, confermata dal RUP, risulti che l'esecutore abbia completamente e regolarmente eseguito le lavorazioni prescrittegli, ferma restando la facoltà del collaudatore di procedere diretta-

mente alla verifica. Nel caso in cui l'esecutore non ottemperi a siffatti obblighi, il collaudatore dispone che sia provveduto d'ufficio deducendo la spesa dal residuo credito a favore dell'esecutore.

Se i difetti e le mancanze non pregiudicano la stabilità dell'opera e la regolarità del servizio cui l'intervento è strumentale, il collaudatore determina, nell'emissione del certificato, la somma che, in conseguenza dei riscontrati difetti, deve detrarsi dal credito dell'esecutore.

Può accadere (ma non dovrebbe) che il collaudatore riscontri lavorazioni introdotte unilateralmente dall'esecutore che ritiene meritevoli di collaudo, ma che non sono state previamente autorizzate dalla S.A. In questo caso le ammette in contabilità, previo parere vincolante della S.A, solo se le ritiene indispensabili per l'esecuzione dell'opera e se l'importo totale dell'opera, compresi i lavori non autorizzati, non eccede i limiti delle spese approvate; in caso contrario sospende il rilascio del certificato di collaudo. Si ritiene che il parere della S.A debba intervenire in merito alla indispensabilità o meno della lavorazione eseguita e debba riportare esito favorevole (se l'esito è negativo il collaudatore non potrà ammetterle in contabilità). L'art. 106 Codice prevede che le modifiche nonché le varianti dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP e approvate dalla S.A. È stato abrogato l'art. 161 del Regolamento il quale prevedeva che se l'esecutore esegue variazioni o addizioni al progetto approvato senza essere preventivamente approvate dalla S.A, deve ripristinare i lavori e le opere nella situazione originaria fermo restando che in nessun caso egli può vantare compensi, rimborsi o indennizzi per i lavori medesimi: ora tale disposizione dovrà essere riportata sullo schema di contratto. L'eventuale riconoscimento delle lavorazioni non autorizzate non libera l'ufficio Direzione Lavori dalla responsabilità per averle ordinate o lasciate eseguire (art. 228 Regolamento). In particolare sussiste responsabilità erariale valutabile di fronte alla Corte dei Conti anche nel caso in cui il DL sia un libero professionista.

Nelle operazioni di collaudo delle costruzioni sottoposte alla legge n. 717/1949, ossia per nuove costruzioni di edifici pubblici (e ricostruzione di edifici pubblici distrutti per cause di guerra) di importo superiore a € 1.000.000 (con esclusione di edifici destinati ad uso industriale o di alloggi popolari e istituti scolastici), il collaudatore dovrà accertare, sotto la sua personale responsabilità, che sia stata destinata all'abbellimento delle costruzio-

ni stesse, mediante opere d'arte, una quota non inferiore al 2% della spesa totale prevista nel progetto (1% per opere di importo pari o superiore a 5 milioni e 0,5% per opere di importo superiore a 20 milioni di euro). In difetto la costruzione dovrà essere dichiarata non collaudabile, fino a quando gli obblighi di cui sopra siano stati adempiuti o la Amministrazione inadempiente abbia versato la somma relativa alle opere mancanti, maggiorata del 5%, alla Soprintendenza alle gallerie competente per territorio, la quale si sostituisce alla Amministrazione interessata per l'adempimento degli obblighi di legge. È chiara la necessità di osservare tale legge per evitare che il collaudo non venga emesso (oppure venga emesso in ritardo) per colpa della S.A, con conseguente richiesta di danni da parte dell'esecutore.

8. Il certificato di collaudo

Terminate le operazioni appena descritte il collaudatore, qualora ritenga collaudabile il lavoro, emette il certificato di collaudo che contiene gli elementi elencati all'art. 229 Regolamento, dichiara l'importo a saldo da liquidare all'esecutore (che potrà però essere rettificato dalla S.A in sede di revisione) e attesta infine la collaudabilità dell'opera o del lavoro con le eventuali prescrizioni.

Il certificato di collaudo deve essere emesso entro 6 mesi dall'ultimazione dei lavori, oppure anche fino ad un anno per le opere di particolare complessità come saranno definite da apposito Decreto (ancora da emanare). Il collaudatore trasmette il certificato di collaudo all'esecutore per la sua accettazione; quest'ultimo deve firmarlo entro 20 giorni. All'atto della firma l'esecutore può aggiungere le richieste che ritiene opportune, ma tali richieste devono essere riferite esclusivamente alle operazioni di collaudo (ad esempio in ordine alle eventuali rettifiche della contabilità che il collaudatore abbia disposto). Tali richieste sono assoggettate alle stesse regole delle riserve: pertanto possono essere esplicitate nel termine di 15 giorni, indicando sia la motivazione che la quantificazione della richiesta.

Condotte a termine le operazioni di collaudo, il collaudatore trasmette al RUP tutti i documenti amministrativi e contabili ricevuti e vi unisce:

- i verbali di visita,
- la dichiarazione del DL attestante l'esito delle prescrizioni ordinate dall'organo di collaudo,
- il certificato di collaudo,

- le eventuali relazioni sulle riserve e sulle richieste formulate dall'esecutore nel certificato di collaudo.

La lettera di trasmissione è inviata per conoscenza all'esecutore.

Il collaudatore riferisce al RUP sulle singole richieste, formulando le proprie considerazioni ed indica le eventuali nuove visite che ritiene opportuno di eseguire.

Il collaudatore trasmette al RUP anche la relazione generale acclarante la totalità delle spese effettuate in relazione ai lavori oggetto del collaudo, definendo altresì i rapporti tra ente finanziatore ed ente beneficiario, ove necessario.

Il collaudo può avere luogo anche nel caso in cui l'esecutore abbia assunto l'obbligazione di ottenere determinati risultati ad esecuzione dei lavori ultimati (ad esempio una certa classe di certificazione energetica dell'edificio). In tali casi il collaudatore, quando non è diversamente stabilito nel capitolato speciale d'appalto, nel rilasciare il certificato, vi iscrive le clausole alle quali l'esecutore rimane vincolato fino all'accertamento dei risultati medesimi, da comprovarsi con apposito certificato del RUP, e propone le somme da trattarsi o le garanzie da prestare nelle more dell'accertamento.

Entro 60 giorni dall'emissione del certificato di collaudo o di regolare esecuzione occorre inviare la relazione dettagliata sul comportamento dell'esecutore e dei subappaltatori all'ANAC.

9. Il collaudo provvisorio e il collaudo definitivo

La S.A, sulla base della documentazione ricevuta e richiesti i pareri ritenuti necessari, effettua la revisione contabile degli atti e delibera, entro 60 giorni dalla data di ricevimento, sull'ammissibilità del certificato di collaudo, sulle domande dell'esecutore e sui risultati degli avvisi ai creditori. In tal modo l'Amministrazione fa propri l'operato, il giudizio e le conclusioni del collaudatore, esprimendo sostanzialmente la volontà di accettare l'opera e determinando così il credito dell'esecutore. Le deliberazioni della S.A sono notificate all'esecutore.

Occorre poi dare comunicazione all'Osservatorio per i contratti pubblici entro 60 giorni dalla deliberazione, se il lavoro è di importo pari o superiore a 40.000 euro.

Abbiamo sopra visto che la S.A deve deliberare sulle domande poste dall'esecutore sul certificato di collaudo entro 60 giorni dal ricevimento del certificato di collaudo stesso. L'art. 205 Codice, nel disciplinare il procedimento di accordo bonario, prevede, al

comma 2, che il RUP deve attivare il procedimento di accordo bonario, indipendentemente dall'ammontare delle riserve ancora da definirsi. Si ritiene che le due disposizioni facciano riferimento a situazioni differenti e pertanto i due percorsi siano indipendenti l'uno dall'altro: il procedimento di accordo bonario riguarda le riserve iscritte nei documenti contabili ossia il registro di contabilità ed il conto finale mentre la deliberazione sull'ammissibilità del collaudo si limita a considerare le domande iscritte sul certificato di collaudo (che fanno riferimento alle sole operazioni di collaudo).

Il certificato di collaudo ha carattere provvisorio ed assume carattere definitivo decorsi due anni dalla emissione.

Dopo il collaudo provvisorio l'Amministrazione può prendere definitivamente in consegna l'opera, che entra così nella disponibilità della S.A.

Alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio si procede, con le cautele prescritte dalle leggi in vigore e sotto le riserve previste dall'art. 1669 c.c., allo svincolo della cauzione definitiva.

Con il Correttivo è stata abrogata la norma (art. 102 c. 4 Codice) che prevedeva l'emissione del certificato di pagamento non oltre 90 giorni dall'emissione del certificato di collaudo provvisorio; a contrario l'art. 113-bis Codice prevede che si applica il D.Lgs. n. 231/2002 ossia il pagamento deve avvenire entro 30 giorni (massimo 60 giorni per le pubbliche amministrazioni purchè pattuito in modo espresso, quando ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche). Il pagamento della rata di saldo deve avvenire previa presentazione di garanzia fideiussoria. Ne consegue che, se la garanzia fideiussoria non viene presentata, la rata di saldo deve essere pagata solo nel momento in cui il collaudo diviene definitivo, ossia dopo due anni (e due mesi) dalla sua emissione.

Si richiama l'attenzione sul fatto che per rata di saldo si intende l'importo dei lavori risultante dal certificato di collaudo meno gli acconti già pagati; non va confusa con l'importo delle cosiddette ritenute a garanzia, ossia le ritenute effettuate nel corso dei lavori ai sensi dell'art. 30 c. 5-bis Codice (vale a dire lo 0,50% dell'importo dei lavori) che hanno una finalità ed una disciplina diverse. Le ritenute a garanzia hanno una loro specifica destinazione: sono infatti trattenute per coprire eventuali irregolarità contributive che potrebbero essere rilevate dalle Autorità competenti anche dopo il termine dei lavori; il loro svincolo avviene in sede di liquidazione finale, dopo

l'approvazione del certificato di collaudo, ove gli enti competenti non abbiano comunicato eventuali inadempienze. Diversa è invece la funzione della rata di saldo: costituire una garanzia a favore della P.A circa eventuali vizi che si possono verificare nel biennio di provvisorietà del certificato di collaudo. Indipendentemente dalla liquidazione della rata di saldo l'esecutore rimane responsabile delle difformità e dei vizi che dovessero emergere nel periodo di garanzia. Infatti il pagamento della rata di saldo non costituisce presunzione di accettazione dell'opera ai sensi dell'art. 1666, secondo comma, c.c. Qualora entro il biennio di provvisorietà del collaudo dovessero emergere vizi o difetti dell'opera, il RUP provvederà a denunciare entro il medesimo periodo il vizio o il difetto e ad accertare, sentiti il DL e il collaudatore (occorrerebbe prevedere un obbligo in tal senso nei rispettivi contratti di incarico) ed in contraddittorio con l'esecutore, se detti difetti derivino da carenze nella realizzazione dell'opera; nel caso di risposta affermativa proporrà alla S.A di fare eseguire gli interventi necessari all'esecutore, oppure li farà eseguire da altra impresa in danno all'esecutore. In quest'ultimo caso la S.A potrà rivalersi sulla rata di saldo (eventualmente escutendo la polizza fideiussoria presentata a garanzia del saldo). Per tale motivo è preferibile che la rata di saldo non sia irrisoria.

Decorsi due anni senza che siano emersi vizi o difetti dell'opera (che devono essere denunciati dalla S.A entro il medesimo periodo) il collaudo si intende approvato anche se l'atto formale di approvazione non sia intervenuto entro due mesi dalla scadenza del suddetto termine. In tal modo il collaudo provvisorio si trasforma in collaudo definitivo. Fintanto che non è intervenuta l'approvazione del collaudo la S.A ha facoltà di procedere ad un nuovo collaudo (per questo si dice che il collaudo è provvisorio).

10. La presa in consegna anticipata (art. 230 Regolamento)

Se la S.A ha necessità di occupare o utilizzare l'opera o il lavoro realizzato, od anche solo una parte, prima che sia emesso il certificato di collaudo, può procedere alla presa in consegna anticipata alle condizioni previste all'art. 230 Regolamento.

Su richiesta della S.A il collaudatore procede a verificare l'esistenza delle condizioni sopra specificate nonché ad effettuare le necessarie constatazioni per accertare che l'occupazione e l'uso dell'opera siano possibili nei limiti di sicurezza e senza incon-

venienti nei riguardi della S.A e senza ledere i patti contrattuali. Il collaudatore redige pertanto un verbale, sottoscritto anche dal DL e dal RUP, nel quale riferisce sulle constatazioni fatte e sulle conclusioni cui perviene. La presa in consegna anticipata non incide sul giudizio definitivo del lavoro, su tutte le questioni che possano sorgere al riguardo e sulle eventuali e conseguenti responsabilità dell'esecutore. Non adempie a tale normativa l'Amministrazione che prende in consegna le opere sulla base della sola relazione a struttura ultimata redatta dal DL, senza aver acquisito il collaudo statico con esito favorevole (AVCP delibera n. 97/2005).

Il dies a quo di decorrenza del termine biennale di prescrizione dell'azione di garanzia per vizi va individuato con la consegna definitiva (a seguito del collaudo) e non alla consegna anticipata.

11. I lavori non collaudabili (art. 232 Regolamento)

La normativa prende in considerazione anche la possibilità che il collaudatore riscontri difetti o mancanze riguardo all'esecuzione dei lavori tali da rendere il lavoro assolutamente inaccettabile. Tale ipotesi dovrebbe essere assai remota, considerato che nel corso dei lavori vi è pur sempre un DL che segue la realizzazione dei lavori. Ad ogni buon conto, se ciò accade, il collaudatore rifiuta l'emissione del certificato di collaudo, trasmette al RUP il processo verbale unitamente ad una propria relazione che contiene le proposte dei provvedimenti da prendere. Il RUP ne informa la S.A inviando tali documenti unitamente alle proprie determinazioni. Non viene però detto nulla circa il comportamento successivo da tenere. In tali casi occorre fare riferimento alle norme del codice civile, che si applicano per quanto non espressamente previsto nel Codice (art. 30, c. 8, Codice).

Si fa riferimento in questo caso all'art. 1668 c.c.:

- il committente può chiedere che le difformità o i vizi siano eliminati a spese dell'appaltatore, oppure che il prezzo sia proporzionalmente diminuito, salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore;

- se le difformità o i vizi dell'opera sono tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, il committente può chiedere la risoluzione del contratto.

Si ricorda che, ai sensi dell'art. 1665 c.c., salvo diversa pattuizione o uso contrario, *l'appaltatore ha diritto al pagamento del corrispettivo quando l'opera è accettata dal committente*. Ne consegue quindi che,

se l'opera non è accettata, l'appaltatore non ha diritto a pagamento alcuno.

Secondo la sentenza della Corte dei Conti sezione prima giurisdizionale centrale n. 452/2008 del 24.10.2008 il presupposto della conoscibilità obiettiva del danno erariale si realizza, per le opere pubbliche, soltanto con la redazione del verbale di collaudo da cui risulta che i lavori non sono collaudabili. Per i danni derivati dalla mancata utilizzazione di un'opera pubblica il dies a quo del termine prescrizione per l'azione di danno erariale coincide con il momento della sua inutilizzabilità, ovvero quando vi sia l'assoluta certezza di non potere destinare l'opera al soddisfacimento dell'interesse pubblico cui era preordinata. È proprio in sede di collaudo finale che sono sottoposte a verifica le attività espletate nel corso dell'opera, sono conoscibili da parte dell'ente pubblico gli eventuali comportamenti illeciti dei propri dipendenti ed il danno da questi causato assume i connotati di certezza e di attualità.

12. Il certificato di regolare esecuzione (art. 237 Regolamento)

Per i lavori di importo pari o inferiore a 1/M di euro la S.A può sostituire il certificato di collaudo con quello di regolare esecuzione. Per i contratti di importo superiore al milione e inferiore alla soglia comunitaria è necessario attendere il Decreto del Ministero delle Infrastrutture che definirà i casi in cui è ammesso sostituire il certificato di collaudo con quello di regolare esecuzione. Nei casi in cui si emette il certificato di regolare esecuzione non è previsto neanche il collaudo in corso d'opera.

Il certificato di regolare esecuzione contiene gli stessi elementi già previsti per il certificato di collaudo; deve essere emesso dal DL non oltre tre mesi dall'ultimazione dei lavori.

Anche il certificato di regolare esecuzione ha carattere provvisorio ed assume carattere definitivo decorsi due anni (e due mesi) dalla data della sua emissione. Nell'arco di tale periodo l'esecutore è tenuto alla garanzia per le difformità e i vizi dell'opera, indipendentemente dall'intervenuta liquidazione del saldo (che comunque deve essere assistita dalla polizza fideiussoria). Per il pagamento vale quanto già detto a proposito del certificato di collaudo. Il pagamento della rata di saldo non costituisce presunzione di accettazione dell'opera ai sensi dell'art. 1666, secondo comma, c.c.

Qualora nel biennio di provvisorietà del certificato di regolare esecuzione emergano vizi o difetti dell'opera, il RUP, analogamente a quanto visto nel caso del collaudo, provvede ad accertare, sentito il DL ed in contraddittorio con l'esecutore, se detti difetti derivino da carenze nella realizzazione dell'opera. Se i difetti derivano dalla realizzazione dell'opera, il RUP proporrà alla S.A di fare eseguire i necessari interventi all'esecutore. Se l'esecutore non interviene, gli interventi sono fatti eseguire da altra impresa, ponendo le relative spese a carico dell'esecutore (eventualmente escutendo la polizza fideiussoria a garanzia del saldo).

Alla data di emissione del certificato di regolare esecuzione si procede, con le cautele prescritte dalle leggi in vigore e sotto le riserve previste dall'art. 1669 del c.c., allo svincolo della cauzione definitiva. Pur nel silenzio della norma si ritiene che anche per il certificato di regolare esecuzione deve applicarsi quanto previsto dall'art. 233 Regolamento a proposito del collaudo; pertanto il DL deve trasmettere il certificato di regolare esecuzione all'esecutore, il quale lo deve accettare entro 20 giorni. Nel sottoscrivere il certificato di regolare esecuzione l'esecutore può aggiungere le richieste che ritiene opportune, ma limitatamente alle operazioni di "collaudo". Dopodiché il DL, nel trasmettere tutta la documentazione al RUP, dovrà riferire anche in merito a tali richieste.

In conclusione sono due le differenze tra certificato di collaudo e certificato di regolare esecuzione: il soggetto che lo rilascia (il collaudatore il primo e lo stesso DL il secondo) ed il termine massimo per l'emissione (6 mesi il primo e 3 mesi il secondo). Per tutto il resto valgono le medesime regole.

13. *Le garanzie dell'opera*

L'appaltatore risponde per le difformità e i vizi dell'opera, ancorché riconoscibili (vi è una deroga implicita a quanto stabilito per i contratti d'appalto, all'art. 1667 c.c.), purché denunciati prima che il collaudo sia divenuto definitivo. Per difformità si intende una discordanza nell'opera rispetto a quanto stabilito nelle prescrizioni contrattuali. Per vizio si intende ogni carenza dell'opera rispetto alla regola d'arte che incide su aspetti qualitativi e funzionali.

L'appaltatore, anche quando chiamato a realizzare un progetto altrui, è tenuto a rispettare le regole dell'arte osservando la diligenza qualificata ex art. 1175 c. 2 c.c. ed è soggetto a responsabilità anche in

caso di ingerenza del committente; la responsabilità dell'appaltatore e il conseguente obbligo risarcitorio non viene meno neppure in caso di vizi imputabili ad errori di progettazione o di Direzione Lavori, ove l'esecutore, accortosi del vizio, non lo abbia tempestivamente denunciato al committente manifestando formalmente il proprio dissenso, ovvero non abbia rilevato i vizi pur potendo e dovendo riconoscerli in relazione alla perizia ed alla capacità tecnica da lui esigibili (Corte di Cassazione civile sentenza n. 20214/2017 e ordinanza n. 25629/2017).

Il codice civile presenta due forme di garanzia per il contratto di appalto: quella biennale di cui all'art. 1667 (garanzia ordinaria) e quella relativa ai difetti gravi, di cui all'art. 1669, di durata decennale.

La garanzia del costruttore, nei casi più gravi, non si esaurisce neanche dopo i 10 anni: se una costruzione crolla entro 10 anni dalla costruzione si presume la colpa del costruttore (ai sensi dell'art. 1669 c.c. che configura ipotesi di responsabilità extracontrattuale); se crolla dopo i 10 anni il costruttore è responsabile solo se viene fornita prova circa la colpa del costruttore (art. 2043, c.c. che risulta applicabile tutte le volte in cui la prima non lo sia).

Secondo la Corte di Cassazione, sentenze nn. 15846/2017 e 14510/2007, sono gravi difetti ai sensi dell'art. 1669 c.c. non solo quelli che incidono sugli elementi essenziali delle strutture, ma anche quelli che riguardano elementi secondari e accessori. Sono gravi difetti anche le carenze costruttive che pregiudicano o menomano in modo grave il normale godimento e/o funzionalità (es pavimentazione). La misura del danno risarcibile non è contenuta nei limiti di valore del bene danneggiato ma l'intero pregiudizio subito. L'impresa non deve solo compiere un'attività di riparazione delle singole imperfezioni, ma provvedere all'integrale rifacimento dell'intera opera.

Rientrano invece nell'art. 1667 c.c. i vizi che non incidono sugli elementi strutturali essenziali ma solo estetici e decorativi.

Le due fattispecie ex artt. 1667 e 1669 c.c. sono, tradizionalmente, ritenute figure di natura analogica. La Corte di Cassazione è intervenuta affermando che le due forme di garanzia invece presentano natura completamente diversa, atteso che solo l'art. 1667 contempla una forma di garanzia contrattuale per i difetti ed i vizi dell'opera, mentre l'art. 1669, che pure presuppone un rapporto contrattuale, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale di ordine pubblico, in vista di un interesse pubblico alla stabilità e alla solidità

degli edifici e delle altre cose immobili, destinate per loro natura a lunga durata, così tutelando l'incolumità e la sicurezza del cittadino. La garanzia decennale si applica esclusivamente alle ipotesi di nuova costruzione o sopraelevazione e non anche nei casi di intervento o modifica in un bene immobile già esistente. Non l'esecutore in genere, quindi, risponde per dieci anni della propria opera, bensì esclusivamente il costruttore dell'edificio. Nel caso di un'opera di mera riparazione o modificazione di preesistenti edifici non trova applicazione l'art. 1669 c.c. ma, se ne ricorrono le condizioni, la disciplina sulla responsabilità dell'esecutore in base all'art. 1667 del c.c.. In altro caso sempre la Corte di Cassazione (sentenza n. 7756/2017) ha ritenuto che l'art. 1669 c.c. è applicabile anche alle opere di ristrutturazione edilizia e, in genere, agli interventi manutentivi o modificativi di lunga durata su immobili preesistenti; sono infatti gravi difetti dell'opera ex art. 1669 c.c. anche quelli che riguardano elementi secondari ed accessori (impermeabilizzazioni, rivestimenti, infissi) purché tali da compromettere la funzionalità globale dell'opera e che possono essere eliminati solo con interventi di manutenzione ordinaria. "Opera" è nozione che rimanda al risultato cui è tenuto l'appaltatore, dunque qualsiasi opera su un immobile destinato a lunga durata, a prescindere dal fatto che consista o non in un nuovo corpo di fabbrica. Costruire implica non l'edificare per la prima volta e dalle fondamenta, ma l'assemblare tra loro parti convenientemente disposte. Dei gravi difetti costruttivi risponde anche il collaudatore, per aver collaudato la struttura (Cassazione civile 22707/2017).

A seguito del riconoscimento dei vizi dell'opera consegue il risarcimento a carico dell'esecutore, anche se questi ha eseguito l'opera sulla base di un progetto redatto dal committente per carenze e/o errori di questo.

Il termine per la denuncia dei vizi e gravi difetti ai sensi degli artt. 1667 e 1669 c.c. parte dal momento in cui il committente consegue un apprezzabile grado di conoscenza oggettiva della gravità dei difetti e della loro derivazione causale dall'imperfetta esecuzione dell'opera non essendo sufficienti viceversa manifestazioni di scarsa rilevanza e semplici sospetti e tale conoscenza deve ritenersi di regola acquisita, in assenza di anteriori ed esaustivi elementi, solo all'atto dell'acquisizione di relazioni peritali effettuate (Cassazione civile 22707/2017).

Occorre poi capire da quale momento iniziano a decorrere i termini (biennale o decennale) della garanzia ex artt. 1667 e 1669. Per la decorrenza del biennio di garanzia prevista dall'art. 1667 del c.c. non valgono le consegne con riserva o anticipate, ma occorre tener conto della consegna effettiva che avviene con il collaudo. Finché non vi è consegna definitiva con accettazione dell'opera, il termine per denunciare i vizi resta aperto. È quindi con il collaudo che si manifesta la volontà di accettare l'opera. Quando il collaudo diviene definitivo si corre il rischio che gli eventuali oneri non ancora ottemperati dall'esecutore (ad es. il conseguimento del certificato di prevenzione incendi) anche se previsti nel contratto, rimangano a carico dell'Amministrazione; per evitare questo rischio occorre subordinare l'approvazione del collaudo al loro conseguimento (AVCP deliberazione n. 36/2004).