

Modifiche al Codice dei contratti pubblici in tema di lavori pubblici a seguito del terzo decreto correttivo (D.lgs 152/08)

di Dover Scalera

1. Il terzo decreto correttivo: introduzione.

Qualche tempo fa mi è stato chiesto quali sono gli aspetti che differenziano la normativa italiana in materia di appalti rispetto alle Direttive Comunitarie, o meglio perché gli 84 articoli della Direttiva 18/2004 si siano tradotti nei 256 articoli del Dlgs 163/06.

Ad una prima riflessione sul quesito ho pensato al fatto che il nostro codice nascesse con l'intento di essere un Testo unico e che, pertanto, doveva necessariamente raccogliere tutte le disposizioni concernenti la materia, per poter fornire agli utenti un unico riferimento normativo disciplinante una materia così complessa.

Tuttavia, sapevo che si trattava di una risposta formale che non ha dato soddisfazione né a me né al mio interlocutore.

Ad una più attenta riflessione ho capito che, invece, la risposta risiede tutta nel "sistema Italia" e nella sostanziale sfiducia che il nostro legislatore ha nei confronti della nostra pubblica amministrazione.

Infatti, molte delle "complicazioni" rispetto alle procedure delineate dal legislatore comunitario nascono proprio dall'esigenza di prevenire fenomeni distorsivi che l'amministrazione può mettere in atto laddove le venga lasciata una certa discrezionalità: insomma la logica dell' "*occasione fa l'uomo ladro*" è una delle ragioni che hanno determinato la proliferazione di norme e la complicazione di istituti nati semplici e cresciuti (a volte addirittura "morti") complessi.

A ciò si aggiunga una certa ostinazione comunitaria con il vezzo di censurare comportamenti presuntivamente anticoncorrenziali anche laddove l'Italia si è dotata per alcuni istituti di una disciplina molto più regolamentata che in altri Paesi.

Fatta questa premessa, l'occasione delle brevi riflessioni che seguono è dovuta alla recente emanazione del decreto legislativo n.152 dell'11 settembre 2008, meglio noto

come “Terzo Decreto correttivo” al Codice degli appalti pubblici e dall’esigenza di valutare quali siano le novità introdotte dalla norma, con particolare riferimento alle stazioni appaltanti.

Nella disamina che segue, in realtà, vengono passati in rassegna il complesso degli istituti toccati dalle modifiche, senza fare distinzione tra quelle rilevanti per le imprese e quelle rilevanti per le pubbliche amministrazioni, poiché non esiste possibilità di modifiche che non comportino effetti bilaterali, data la stretta connessione esistente tra la parte pubblica e la parte privata.

Di qui una veloce visione di insieme dalla quale mi auguro si riesca a ricavare un’idea dell’impatto del terzo correttivo sul codice degli appalti.

Iniziamo dalla storia. Il decreto viene emanato in attuazione dell’articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62, che consente l’emanazione di disposizioni correttive ed integrative del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, recato dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (in prosieguo: il “Codice”), entro due anni dalla data di entrata in vigore dello stesso. Il decreto in esame completa l’opera di revisione avviata con il primo decreto legislativo correttivo (26 gennaio 2007 n.6) e proseguita con il secondo decreto legislativo correttivo (31 luglio 2007 n. 113).

In particolare, il terzo decreto ha l’ambizione di introdurre tutte le modifiche necessarie a dare risposta alla **procedura di infrazione n. 2007/2309** aperta nei confronti dello Stato italiano per non corretto recepimento delle Direttive Comunitarie n.17 e 18 del 2004.

Passando ad analizzare le innovazioni più significative introdotte dal DL 152/08 si evidenzia:

2. Disamina degli istituti:le novità più significative.

2.1 Locazione finanziaria e partenariato pubblico privato.

All’art. 3 viene introdotto il comma **15 bis** che fornisce la definizione di **locazione finanziaria** di opere pubbliche o di pubblica utilità che ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l’esecuzione dei lavori.

Questa innovazione va letta in correlazione con l'art. 161 bis in cui la locazione finanziaria viene definitivamente qualificata, recependo le indicazioni dell'Autorità di vigilanza, come un appalto di lavori, salvo il caso in cui la componente lavori non sia meramente accessoria rispetto ai servizi.

Si tratta di una modifica che ha il sapore della bilateralità, considerato l'effetto che la riconduzione della locazione finanziaria nell'ambito della disciplina dei lavori pubblici assume sia per le stazioni appaltanti sia per le imprese.

All'art. 3 è introdotto anche l'**art. 15 ter**, con cui per la prima volta viene fatto introdotta la definizione di partenariato pubblico – privato: *“i contratti di partenariato pubblico privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con **allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti**. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, aggiunto dalla legge di conversione 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle **decisioni Eurostat**.”*

Si tratta di una integrazione assolutamente opportuna e dovuta per adeguare il codice dei contratti ad una nozione di matrice comunitaria comprensiva di tutte le fattispecie di cooperazione tra pubblico e privato per la realizzazione di un'opera o per la prestazione di un servizio.

Infatti, la definizione di PPT (partenariato pubblico privato) è stata fornita per la prima volta dalla comunicazione interpretativa della commissione europea COM (2005) 569 del 15 novembre 2005, la quale, tuttavia distingue tra PPT cd “contrattuali” e PPT cd. “istituzionalizzati”.

Nella prima tipologia (PPT contrattuali) rientrano le concessioni, il project ed il general contractor; nella seconda tipologia rientra, invece, la costituzione di società miste (anche se non è un contratto).

L’innovazione è dunque significativa anche se l’art.15 ter non fa questo tipo di distinzione parlando impropriamente di contratto anche con riferimento alla costituzione di una società mista che per definizione comunitaria non rientra tra i PPT contrattuali, ma tra i PPT istituzionalizzati.

Molto importante il rinvio che compare per la prima volta nel Codice degli appalti al concetto di “allocazione del rischio” e alle decisioni ed ai contenuti dell’Eurostat.

L’importanza di tale rinvio risiede, infatti, nella necessità di ovviare al processo cui si è assistito negli ultimi anni, per cui non sempre le operazioni di project sono state selezionate in base ad una effettiva allocazione dei rischi, grazie anche alle maglie sempre più larghe dell’istituto della concessione le cui successive modifiche nel corso degli anni, hanno consentito di ridurre progressivamente l’elemento del rischio.

L’effetto per le imprese dovrebbe essere quello di un sostanziale irrigidimento dei parametri per la valutazione delle proposte di project, ora necessariamente vincolati al rispetto dei parametri Eurostat.

Rispetto a tale innovazione, si pone il dubbio se possa considerarsi legittima la modifica introdotta all’art.143 del codice dal secondo decreto correttivo, nella parte in cui ha previsto che il concessionario evidenzi nel piano economico finanziario, anche il valore residuo dell’investimento non ammortizzato al termine della concessione, addirittura prevedendo un corrispettivo per tale valore residuo.

2.2 Accesso agli atti e divieti di divulgazione.

All'art. 13 viene introdotta la lettera c – bis del comma 2, “ **c-bis) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell’offerta, fino all’aggiudicazione definitiva.**”

Si tratta di una aggiunta che recepisce le pronunce giurisprudenziali in virtù delle quali è legittimo rinviare l’accesso fintanto che non sia concluso il procedimento di verifica dell’anomalia. La norma va, inoltre, coordinata con la modifica di cui al comma 7 dell’art. 88 del codice nella parte in cui si prevede che nella procedura di verifica dell’anomalia, una volta stabilita la soglia di anomalia, l’amministrazione proceda progressivamente partendo dall’esame della migliore offerta per passare all’esame della seconda, laddove ravvisi l’anomalia della prima e così via, fino alla individuazione della migliore offerta non anomala. Solo allora, l’art. 88 comma 7, prevede che l’amministrazione proceda all’esclusione di ciascuna offerta che, sulla base degli elementi forniti, appaia nel complesso inaffidabile e dichiara l’aggiudicazione definitiva della prima offerta congrua.

La modifica dell’art. 88 ha previsto anche la soppressione del comma 6 nella parte in cui prevedeva possibile l’esclusione dell’offerta se *in base agli elementi forniti, non risultasse inaffidabile*.

Sembra, dunque, che con la modifica apportata, il legislatore abbia inteso rinviare l’adozione di provvedimenti di esclusione solo all’esito dello scorrimento della graduatoria fino ad individuare l’offerta non anomala, quasi ad ipotizzare che i giudizi man mano espressi nei confronti delle singole offerte siano una sorta di esclusioni con riserva, che diventano definitive solo nel momento in cui la stazione appaltante, disponendo del complesso dei dati forniti dalle concorrenti, possa apprezzare la congruità o meno delle offerte; l’interpretazione suggerita trova conferma nella circostanza che il riferimento alla “*complessiva inaffidabilità*” è stato espunto dalla fase di procedura attinente alla valutazione delle singole offerte, per essere reintrodotta nella parte finale del procedimento, all’esito dello scorrimento di tutte le offerte. In altri termini, sembra che si intenda legittimare una valutazione dell’anomalia “relativa” (ossia frutto di una valutazione comparativa tra varie offerte) e di una valutazione

“assoluta” basata su dati oggettivi attinenti ad ogni singola offerte, come ha sempre sostenuto la giurisprudenza amministrativa degli ultimi anni.

2.3 Opere di urbanizzazione “a scomputo”. Modifica al comma 1, lettera g). art. 32.

Come noto la disciplina della esecuzione di opere a scomputo di oneri di urbanizzazione è stata oggetto di numerosi interventi per effetto dei quali rispetto all’originario regime che ne ammetteva l’esecuzione diretta da parte del titolare del permesso di costruire, si è passati, per effetto del Dl 113/07 (primo decreto correttivo) ad una procedura in cui si prevedeva che per le opere sopra soglia, il titolare del permesso di costruire assumesse un ruolo assimilabile a quello di un promotore, il quale, entro 90 giorni dal rilascio del permesso di costruire, presentava all’amministrazione un progetto preliminare delle opere sulla cui base veniva bandita una gara per la scelta dell’esecutore dei lavori, rispetto alla quale il titolare del permesso poteva esercitare un diritto di prelazione. Per le opere di importo inferiore alla soglia comunitaria era previsto, invece, l’affidamento diretto.

La Commissione europea ha censurato tale procedura sulla base di tre presupposti:

- Trattandosi di opere da eseguire a scomputo di oneri di urbanizzazione, di fatto si tratta di opere pubbliche poiché sono finanziate con fondi pubblici che il privato avrebbe dovuto versare all’amministrazione;
- Il promotore deve essere necessariamente il titolare del permesso di costruire
- Trattandosi di mera esecuzione e non di concessione, ancora meno che nel project financing è legittimo derogare alle norme sugli appalti pubblici.

Preso atto delle censure comunitarie, la nuova disciplina dell’art. 32 dispone ora che l’amministrazione possa prevedere che per il rilascio del permesso di costruire il privato debba presentare un progetto preliminare ed uno schema di contratto con esatta indicazione del termine ultimo di esecuzione delle opere. Sulla base di tale preliminare si indice una procedura ex art.55 (aperta o ristretta) all’esito della quale si sceglie l’esecutore delle opere.

- A base di gara vi è dunque il preliminare redatto dal titolare del permesso di costruire;
- oggetto dell'offerta è il progetto definitivo;
- oggetto del contratto: il progetto esecutivo e l'esecuzione dei lavori.

L'offerta deve indicare distintamente il prezzo per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione e gli oneri di sicurezza.

Come detto, la procedura recepisce le indicazioni della Corte di Giustizia europea di cui alla sentenza 12 giugno 2001 n. C 399/98 (sentenza Bicocca) sulla base dei seguenti elementi:

- le opere di urbanizzazione sono pubbliche sin dalla loro origine anche se formalmente eseguite sulla proprietà privata prima del passaggio al patrimonio pubblico);
- gli accordi convenzioni configurano l'esistenza dell'accordo contrattuale;
- sussiste l'onerosità derivante dalla concessione dello scomputo degli oneri in luogo del loro pagamento diretto.

Tuttavia deve evidenziarsi che la soluzione prospettata ha degli inevitabili aspetti di cd "costo sociale" poiché impone la presentazione del progetto preliminare e dello schema di contratto prima e come condizione per il rilascio del permesso di costruire. Al contrario, la precedente procedura prevedeva che entro 90 giorni dal rilascio del permesso, il titolare procedesse alla redazione del preliminare.

Si tratta di una soluzione molto onerosa per il privato in termini di tempo e di costi: è infatti, presumibile che i tempi per il rilascio del permesso si allunghino notevolmente, essendo la presentazione del preliminare condizione del rilascio del permesso di costruire; al contempo non si comprende per quale motivo il privato titolare del permesso di costruire dovrebbe sostenere i costi di una progettazione preliminare per una gara che, a questo punto, diventa totalmente pubblica senza che egli abbia alcuna posizione di privilegio.

Per quanto attiene alle opere realizzate a scomputo di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'art. 122 del codice prevede che per la realizzazione delle opere di

urbanizzazione a scomputo si possa ricorrere alla procedura negoziata senza bando ex art. 57, comma 6, previo invito di almeno 5 concorrenti.

2.4 Consorzi stabili e cooperative di produzione e lavoro.

Per effetto del terzo decreto correttivo, sia i consorzi stabili che le cooperative di produzione e lavoro devono indicare in sede di gara i concorrenti per i quali il consorzio concorre e, solo per essi, è fatto divieto di partecipare alla medesima gara sotto duplice veste, individuale e come consorziati.

E' dunque venuto meno definitivamente il divieto generalizzato di partecipazione alla gara del consorzio stabile e dei consorziati.

Tale divieto permane, invece, sia per i consorzi stabili, sia per i consorzi di cooperative laddove l'amministrazione si avvalga ai sensi dell'art. 122, comma 9 dell'esclusione automatica per le gare di lavori di importo pari o inferiore ad 1 milione d euro, e dell'art.124, c.8 dell'esclusione automatica per le gare di forniture e servizi di importo pari o inferiore a 100 mila euro. In entrambi i casi la sanzione è quella della imputazione del reato di turbativa d'asta.

Non è chiaro quale sia la ratio che ha ispirato la permanenza del divieto per il caso in cui la PA si avvalga dell'esclusione automatica. La motivazione può essere rintracciata nella procedura di infrazione comunitaria avverso la norma che prevedeva l'esclusione automatica sottosoglia. Infatti, la commissione europea ha contestato la legittimità di una siffatta norma, ritenendo che essa non sia giustificata dall'esigenza di celerità delle procedure amministrative, salvo il caso in cui il numero dei concorrenti non sia molto elevato. Per questo motivo sia l'art. 122 comma 9 sia l'art. 124 comma 8 sono stati emendati, ed in aggiunta alla facoltatività della esclusione automatica, è stato comunque previsto che ad essa non si possa ricorrere quando il numero dei concorrenti è inferiore a 10. A voler ipotizzare, ammettere la partecipazione congiunta del consorzio e dei consorziati avrebbe probabilmente falsato questo dato numerico, consentendo di far scattare o meno la soglia numerica per l'applicazione della facoltà di esclusione automatica, sulla base dell'accordo tra imprese appartenenti allo stesso consorzio. Si

tratta, tuttavia, di una mera presunzione basata sul presupposto di comportamenti “turbativi” da parte di aderenti al consorzio.

2.5 Opere superspecializzate e subappalto.

Viene modificato l'art.37, comma 12 del dlgs 163/06 laddove si prevedeva che in assenza di idonea qualificazione da parte dell'appaltatore, in presenza di categorie SIOS (strutture impianti ed opere speciali) di importo superiore al 15% dell'importo totale dei lavori, per l'esecuzione di tali categorie di lavorazione fosse vietato il subappalto ed obbligatoria la costituzione di una ATI di tipo verticale.

La modifica introdotta, prevede, invece, che sia possibile l'affidamento in subappalto di tali categorie nei limiti del 30%, alla stregua di quanto avviene per il subappalto della categoria generale. **La modifica recepisce le osservazioni della commissione per cui la norma sarebbe contraria al divieto di subappalto sancito dalle disposizioni comunitarie ed al divieto di richiedere che i concorrenti ad una gara partecipino in una forma predeterminata sancito nelle direttive 18 e 17/2004/CE.**

La conseguenza è che, per effetto dell'affidamento in subappalto anche di una quota parte delle categorie superspecializzate, la titolarità delle stesse permane in capo al soggetto affidatario parzialmente qualificato nella categoria superspecializzata. Tuttavia, essendo consentito il subappalto nel limite del 30%, laddove l'affidatario non possieda la qualificazione nella categoria superspecializzata richiesta per il restante 70%, occorrerà in ogni caso costituire un ATI di tipo verticale, con conseguente complicazione del quadro di soggetti operanti in cantiere: infatti all'impresa capogruppo ed alle imprese associate in ATI per la esecuzione del 70% residuo di ciascuna categoria superspecializzata, vanno ad aggiungersi gli eventuali subappaltatori esecutori del 30%. Per evitare una siffatta complicazione sarebbe stato sufficiente prevedere il subappalto al 100% come avviene per le categorie scorporabili previste nel bando, non appartenenti alle SIOS: In questo contesto, tuttavia, sarebbe stato utile per l'aggiudicatario poter compensare l'assenza del 70% della categoria prevalente, mediante il ricorso all'avvalimento che tuttavia, per i lavori pubblici deve riguardare il 100% della

categoria, dato che nell'art. 49, come modificato, sussiste il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti di cui all'art.40, con la conseguenza che non si può ricorrere all'avvalimento per colmare la assenza di qualificazione per la quota parte di categoria superspecializzate non affidata in subappalto.

2.6 Requisiti di ordine generale

Alla'rt. 38, viene introdotta una ulteriore ipotesi di esclusione per il caso in cui vengano rese false dichiarazioni relative all'affidamento dei subappalti: *“h) che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio”*

Considerato che ai sensi dell'art. 118 l'appaltatore si limita a comunicare le generalità e le dichiarazioni ex art. 38 del subappaltatore alla stazione appaltante, la comminatoria di esclusione riguarda le false dichiarazioni che si sono rese come subappaltatore. Non può ritenersi che l'appaltatore vada escluso se il subappaltatore ha reso false dichiarazioni.

2.7 Modalità di dimostrazione della capacità economica e finanziaria

Viene modificato il comma 1, dell'art. 41 prevedendo che ai fini della dimostrazione della capacità economico finanziaria dei prestatori di servizi e forniture, sia richiesta **la presentazione in originale delle dichiarazioni bancarie di almeno due istituti bancari**; al contrario viene ammessa la **dichiarazione** sottoscritta in conformità alle disposizioni del 445/00 per quanto attiene ai **bilanci e degli estratti di bilanci, nonché della fatturato globale di impresa.**

Si tratta di una norma che da un lato allieva il lavoro della commissione di gara, poiché introduce una norma chiara, dall'altro compensa il maggior aggravio per le imprese, imposto dall'onere di produrre le dichiarazioni in originale.

Deve ritenersi, tuttavia, che anche dinanzi ad una diversa formulazione della norma per cui le dichiarazioni bancarie vanno prodotte in originale continui ad applicarsi

l'orientamento giurisprudenziale il virtù del quale (TAR LAZIO - ROMA, SEZ. III - sentenza 27 marzo 2007 n. 2661) il Giudice amministrativo collegando il contenuto letterale dei vari commi dell'art. 41, D. Lgs. n. 163/2006, ed interpretando detti commi gli uni per mezzo degli altri, precisa che non può essere revocata in dubbio la possibilità di riferire la previsione del comma 3 (*Se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante*) all'intero disposto normativo del comma 1 dello stesso art. 41 D. Lgs. n.163/2006, e, quindi, anche alla dichiarazioni bancarie contemplate nell'art.41, comma 1, lett.a) e comma 4, D. Lgs. n.163/2006. Il conclusione anche se le dichiarazioni bancarie vanno presentate per legge in originale, vale comunque il principio della possibilità per i concorrenti di dimostrare il possesso del suddetto requisito con modalità differenti qualora, per giustificati motivi, l'impresa non sia in grado di produrle.

2.8 Controllo sul possesso dei requisiti.

La modifica dell'art. 48 nasce dell'esigenza di rispondere alla procedura di infrazione della Commissione europea che contesta il sistema italiano delle autodichiarazioni nella parte in cui dove siano previste procedure per fasi, con progressiva riduzione del numero dei concorrenti, ravvisa una possibile violazione delle regole di concorrenza determinata dalla verifica del possesso dei requisiti solo in capo all'aggiudicatario o al secondo in graduatoria, solo successivamente alla riduzione del numero dei concorrenti. Il decreto pertanto, introduce il comma 1 bis in virtù del quale "**1- bis.** *Quando le stazioni appaltanti si avvalgono della facoltà di limitare il numero di candidati da invitare, ai sensi dell'articolo 62, comma 1, richiedono ai soggetti invitati di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando, in sede di offerta, la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito in originale o copia*

conforme ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Non si applica il comma 1 primo periodo” (rectius la verifica a campione)

Tuttavia, a parere della scrivente, richiedere la documentazione a comprova delle dichiarazioni in fase di presentazione dell’offerta è sufficiente ad ovviare le osservazioni della Corte, poiché il numero di concorrenti è già stato ridotto prima della presentazione delle offerte, considerato che ai sensi dell’art. 62, comma 1, le stazioni appaltanti “possono limitare il numero di candidati idonei che inviteranno a presentare un’offerta, a negoziare, o a partecipare al dialogo, purché vi sia un numero sufficiente di candidati idonei”, in altri termini la limitazione del numero dei concorrenti avviene in una fase antecedente la presentazione delle offerte. La soluzione avrebbe dovuto risiedere, allora, nel chiedere sin dalla fase di prequalifica che i requisiti di partecipazione vengano richiesti in originale. E’ evidente però che una tale prescrizione di fatto annullerebbe il beneficio per le imprese e per le stazioni appaltanti derivante dalla normativa sulle autodichiarazioni proprio in quelle gare nelle quali molto probabilmente il numero dei concorrenti è più elevato. Anche in questo caso si assiste ad un tipico esempio di quella “ostinazione comunitaria” in cui a fronte di un ipotetica violazione del principio di concorrenza e parità di trattamento, si finisce per introdurre meccanismi che disincentivando la partecipazione alle gare, di fatto si traducono in una effettiva riduzione del principio di concorrenza.

2.9 Disposizioni sull’avvalimento.

All’art. 45 viene aggiunto il comma 1-bis. *“Per gli operatori economici facenti parte di un gruppo che dispongono di mezzi forniti da altre società del gruppo, l’iscrizione negli elenchi indica specificamente i mezzi di cui si avvalgono, la proprietà degli stessi e le condizioni contrattuali dell’avvalimento.”*

Si tratta di una modifica introdotta in accoglimento della censura comunitaria che ravvisava limitante la possibilità di utilizzare l’avvalimento per una qualificazione che vada oltre la singola gara di appalto, solo nell’ambito del sistema delle SOA. La norma

consente, in questo modo, l'utilizzo dell'avvalimento infragruppo anche per l'iscrizione in elenchi ufficiali di prestatori di servizi.

Si fa notare, tuttavia, che contrariamente a quanto è previsto dalla giurisprudenza comunitaria e dall'art. 49, per cui nel caso di avvalimento infragruppo è sufficiente una dichiarazione giuridica attestante il legame giuridico ed economico che lega il gruppo, in questo caso è chiesta la indicazione dei mezzi, della loro proprietà nonché le condizioni contrattuali in base alle quali si usufruisce di tali beni.

Anche in questo caso la complicazione della norma nazionale rispetto a quella comunitaria è dettata dalla "sfiducia"; questa volta però non nei confronti dell'amministrazione pubblica ma nei confronti del sistema imprenditoriale.

L'art. 49, viene anch'esso modificato al comma 6, prevedendo che per i lavori permane il divieto di potersi avvalere di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria, salvo che il bando consenta l'avvalimento di più imprese in relazione alla peculiarità dei lavori, **fermo il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti.**

Viene soppresso il comma che richiedeva che l'aggiudicatario fosse comunque qualificato in misura ragionevole nel senso che il bando potesse prevedere che l'impresa aggiudicataria dovesse possedere la qualificazione in una percentuale minima.

Si tratta di correzioni che vanno nella direzione delle posizioni espresse commissione europea ma che necessitano di una valutazione complessiva nel quadro del particolare sistema di qualificazione italiana che per i lavori, a differenza che per gli altri paesi europei, prevede la qualificazione SOA e non gara per gara.

2.10 Le procedure di scelta del contraente.

L'articolo 53 viene modificato con l'inserimento al comma 2, lettera c) della previsione in virtù della quale viene rinviato al regolamento la fissazione per le gare di progettazione ed esecuzione dei pesi ponderali da assegnare ai pesi ed ai punteggi in modo da valorizzare la qualità progettuale.

L'art. 53 viene modificato anche al comma 4 nel quale si **reintroduce il principio della 109/94 per il quale contratti di appalto sono generalmente stipulati a corpo**. La stipula dei contratti a **misura** può essere utilizzato **solo**:

per lavori di sola esecuzione di importo inferiore a 500.000 euro;

per i lavori di manutenzione, di scavo archeologico,

per i lavori in sotterraneo (compreso fondazioni).

Si fa presente, tuttavia, che l'art. 53 commi 2 e 3 diventerà applicabile solo all'entrata in vigore del regolamento.

Al comma **3 bis dell'art.53** rimane ancora il dubbio sull'utilizzo del termine "**si avvale**": *"per i contratti di cui al comma 2 lettere b) e c) (contratti misti di progettazione ed esecuzione) l'appaltatore si avvale di uno o più soggetti qualificati alla realizzazione del progetto"*; si tratta probabilmente di un uso atecnico del verbo "avvalersi", come si desume dal fatto che venga poi prevista la corresponsione diretta al progettista del corrispettivo, il che fa pensare che non si tratti di un classico rapporto di avvalimento nel quale l'impresa ausiliaria e rimane estranea alla stazione appaltante con la conseguenza che è incompatibile con l'istituto dell'avvalimento la previsione che la stazione appaltante provveda a pagare direttamente i progettisti.

2.11 Dialogo competitivo

In recepimento delle indicazioni della commissione europea l'art.58 è stato modificato al comma 13, nella parte in cui si prevedeva che, dopo la fase del dialogo e una volta scelta la proposta su cui sollecitare i concorrenti al dialogo per la presentazione delle offerte, la lettera di invito potesse specificare i criteri di valutazione delle offerte in base all'art.83.

Questa soluzione è stata censurata dalla commissione che l'ha ritenuta contraria alle regole di concorrenza ritenendo che potesse tradursi in una discriminazione.

La censura è ipoteticamente fondata, ma forse darebbe maggiori garanzie di tutela della concorrenza la ridefinizione di criteri di scelta più ponderata sulla base delle soluzioni prescelte piuttosto che tutelare astrattamente – come fa la norma modificata – che la

scelta dei concorrenti avvenga sulla base di criteri ma necessariamente generici indicati dal bando poiché antecedenti alla individuazione della soluzione da mettere in gara.

E' poi previsto che il dialogo competitivo possa sfociare in un contratto di concessione, è chiaro che, in questo caso, il bando deve prevedere, sin dall'inizio che per la partecipazione al dialogo sia necessario il possesso dei requisiti richiesti per il concessionario.

Infine, sempre adeguandosi alle richieste comunitarie, è stata abolita la possibilità prevista all'art. 70 di ridurre il termine della procedura di dialogo competitivo in caso di urgenza, poiché si tratterebbe di una ipotesi non contemplata dalle direttive Ce.

Anche qui deve rammentarsi che l'art. 58 sul dialogo competitivo non è ancora entrato in vigore.

2.12 Obblighi di informazione

Le modifiche introdotte dal terzo correttivo riguardano anche gli obblighi di informazione tra i quali viene aggiunto anche quello in ordine alla decisione della stazione appaltante di "*non procedere all'aggiudicazione di un appalto o di un accordo quadro*" (art. 79, comma 5 lettera bbis).

2.13 Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La riforma ha eliminato la possibilità di fissare i criteri motivazionali da parte della commissione giudicatrice, inserita al terzo periodo del comma 4 dell'art.83 del codice appalti.

D'ora in poi, dunque, non sarà più consentito alla commissione di intervenire e determinare i criteri di valutazione delle offerte che ora devono essere previsti integralmente nel bando. A tal proposito va osservato che l'Autorità di vigilanza aveva osservato che la facoltà attribuita dall'art.83 alla commissione di gara si doveva esplicitare in modo da non modificare i criteri di aggiudicazione definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, ovvero di non aggiungere elementi che se fossero stati noti

al momento della preparazione delle offerte, avrebbero influenzato la detta preparazione e con il risultato di causare un effetto discriminatorio nei confronti di alcuni concorrenti.

2.14 Aste elettroniche

Per effetto della modifica del comma 13 dell'art. 85 è consentito l'utilizzo di procedure interamente elettroniche anche per l'affidamento di lavori pubblici, purchè sussistano i presupposti del comma 3:

“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”.

Si tratta di una novità per le stazioni appaltanti che potranno ricorrere alle aste elettroniche anche per i lavori; tuttavia è richiesto un notevole sforzo di ricondurre l'appalto ad elementi quantificabili e facilmente apprezzabili automaticamente.

2.14 Procedura di verifica dell'anomalia.

Per la procedura di cui all'art.88 come modificata dal terzo decreto correttivo valga quanto si è detto per l'art. 13 sulla possibilità di dichiarare l'esclusione dei concorrenti le cui offerte siano ritenute anomale solo all'esito dello scorrimento della graduatoria, previa verifica delle giustificazioni di tutti i concorrenti a partire dalla migliore offerta anomala sino alla migliore offerta non anomala.

2.15 Eliminazione dei minimi tariffari.

Il comma 2 dell'art. 92 recepisce il Decreto Bersani che ha eliminato i minimi tariffari per le prestazioni professionali salvo la possibilità di utilizzare tali tariffe come riferimento: *“2. Il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture, determina, con proprio decreto, le tabelle dei corrispettivi delle attività che possono essere espletate dai soggetti di cui al comma 1 dell'articolo 90, tenendo conto delle tariffe previste per le categorie professionali interessate. I corrispettivi di*

cui al successivo comma 3 possono essere utilizzati dalle stazioni appaltanti, ove motivatamente ritenuti adeguati, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dell'importo da porre a base dell'affidamento.

Viene inserito anche il comma 7-bis. Tra le spese tecniche da prevedere nel quadro economico di ciascun intervento sono comprese l'assicurazione dei dipendenti, nonché le spese di carattere strumentale sostenute dalle amministrazioni aggiudicatrici in relazione all'intervento.

Si tratta di una disposizione molto importante per le amministrazioni in considerazione del fatto che nella precedente normativa mancava un supporto che legittimasse l'accollo a carico delle stazioni appaltanti degli oneri per le polizze a tutela dei propri dipendenti. Viene dunque definitivamente superato il problema rispetto al quale l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici si era espressa con Determinazione n. 10/2001 con la quale si prevedeva che *“Quanto alla possibilità di richiedere all'amministrazione una copertura assicurativa, il legislatore non ha previsto per il responsabile del procedimento alcuna forma di garanzia, mentre ha posto l'obbligo di dotarsi di adeguata polizza assicurativa per coloro ai quali verranno affidati i compiti di supporto esterno. Poiché una siffatta previsione non è ricompresa nella normativa attualmente in vigore, nulla vieta che in sede di contrattazione decentrata venga previsto di stipulare polizze assicurative a copertura dei rischi connessi all'attività del responsabile del procedimento, anche con oneri a carico dell'amministrazione aggiudicatrice”.*

Sul tema valga ulteriormente sottolineare che l'art. 61 della legge 133/2008 al comma 8 introduce quale misura di contenimento della spesa pubblica la possibilità di destinare l'1,5% del 2% stanziato come incentivo alla progettazione ex art. 92 del dlgs 163/06 e 92 del Dpr 554/99 ad apposito fondo dello Stato. Non è chiaro se la disposizione si applichi anche agli enti territoriali o se essi debbano recepirla con proprie disposizioni. In ogni caso l'effetto è di tutto danno per il sistema della progettazione.

2.16 Subappalto.

All'art. 118 viene introdotto il comma 6-bis per cui al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare, *“il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato. Tale congruità, per i lavori è verificata dalla Cassa Edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali”*.

Il DURC viene trasmesso periodicamente dall'appaltatore e dai subappaltatori per i pagamenti.

Permane la solidarietà dell'appaltatore e del subappaltatore per il pagamento degli oneri previdenziali ed assicurativi dei dipendenti.

Si tratta di una disposizione che accresce l'aggravio delle imprese appaltatrici che rimangono obbligate in solido con l'appaltatore per il mancato pagamento degli oneri previdenziali nei limiti del valore della quota dei lavori subappaltati.

D'altro canto si introduce una maggiore garanzia per le stazioni appaltanti le quali possono apprendere direttamente dal DURC i dati sulla congruità del costo della manodopera che le PA devono verificare in fase di valutazione dell'anomalia.

2.17 Collaudo.

Viene inserito al comma 3 dell'art. 120 il principio per cui il collaudo è una attività interna alle stazioni appaltanti da espletarsi prioritariamente con il personale interno.

A tal fine la legge prevede che i collaudatori vengano scelti sulla base di criteri da stabilire prioritariamente sulla base di principi di rotazione e trasparenza.

Il primo effetto per le stazioni appaltanti è quello che emerge la necessità di dotarsi di un regolamento interno in cui si prevedano i criteri di scelta dei collaudatori tra i propri dipendenti.

L'articolo prevede, inoltre, che il provvedimento di nomina motivi la scelta con specifico riferimento a:

- requisiti di competenza ed esperienza desunti dal curriculum;

- ogni altro elemento idoneo a supportare la scelta.

Laddove invece, vi sia una carenza accertata dal RUP la scelta all'esterno avviene:

- per il **collaudo di servizi**, con le procedure previste dalle disposizioni sugli appalti di servizi;
- per il **collaudo di lavori**, con le procedure di cui all'art. 91:
 - o sopra i 100.000 euro con procedure di evidenza pubblica;
 - o : sotto i 100.000 euro con procedura negoziata con almeno 5 soggetti.

Considerato che per effetto dell'art. 61 della legge 113/08 oltre che l'incentivo ex art. 92, sono stati ridotti anche i corrispettivi per il collaudo è assai probabile che la norma incontri una forte resistenza all'interno delle pubbliche amministrazioni che saranno costrette a rivolgersi all'esterno con notevole incremento di costi e di tempi necessari all'espletamento della procedura.

2.18 Esclusione automatica sottosoglia per i lavori.

Recependo le censure comunitarie, l'articolo 122, comma 9 viene emendato con la previsione della **facoltatività della esclusione automatica per le procedure di lavori di importo pari o inferiore ad un milione di euro.**

Oltre alla fissazione di una soglia più bassa ed alla previsione della facoltatività della esclusione, si aggiunge il fatto che ad essa non si possa comunque ricorrere se il numero dei concorrenti è inferiore a 10.

Qualora l'amministrazione si avvalga di questa facoltà come nel caso di cui all'art. 124, comma 8, viene reintrodotta il divieto generalizzato di partecipazione all'appalto del consorzio e delle imprese consorziate la cui ratio - come si è detto - non è molto chiara (si veda a tal proposito il commento all'art.37)

2.19 Esclusione automatica sottosoglia per servizi e forniture.

Recependo le censure comunitarie, l'articolo 124, comma 8 viene emendato con la previsione della facoltatività della esclusione automatica per le procedure di lavori di importo pari o inferiore a centomila euro.

Oltre alla fissazione di una soglia più bassa ed alla previsione della facoltatività della esclusione, si aggiunge il fatto che ad essa non si possa comunque ricorrere se il numero dei concorrenti è inferiore a 10.

2.20 Adeguamento prezzi.

Le modifiche introdotte all'art.133. sono sostanzialmente finalizzate ad arginare i problemi risentiti dalle imprese per effetto dell'aumento dei prezzi delle materie prime. Pertanto, senza reintrodurre il sistema delle anticipazioni l'art. **1 bis dell'art.133** prevede che il bando di gara possa prevedere che **alcune materia prime siano pagate all'appaltatore anticipatamente.**

A tal fine l'appaltatore deve:

- 1) produrre fatture attestanti l'acquisto per tipologia e quantità necessaria alla esecuzione dell'appalto,
- 2) devono essere approvate dal Direttore dei Lavori
- 3) costituire una garanzia fideiussoria di importo pari a quello dei materiali, che viene progressivamente svincolata man mano che si prosegue nella esecuzione dei lavori.

Resta da chiarire in quale caso possa essere incamerata la cauzione.

Ai materiali pagati anticipatamente non si applicano gli strumenti ideati per adeguare i prezzi con il variare del tempo; ossia il prezzo e la compensazione.

Il **prezzo chiuso** è l'istituto cui si ricorre nel caso in cui la differenza tra il tasso di inflazione reale e programmata **sia superiore al 2%**: in tal caso, il riconoscimento avviene previa istanza da presentarsi dall'appaltatore a pena di decadenza entro 60 giorni dalla pubblicazione del decreto del Ministero delle infrastrutture che fissa la percentuale di incremento, da applicarsi alle lavorazioni ancora da eseguire fino alla ultimazione dei lavori.

L'istituto della **compensazione** si applica, invece, quando il prezzo dei singoli materiali di costruzione subisca per **cause eccezionali** variazioni superiori al 10% rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture nell'anno di riferimento di presentazione dell'offerta; anche in questo caso l'appaltatore deve, a pena di decadenza,

entro 60 giorni dalla pubblicazione del decreto del Ministero, quindi entro il **30 giugno**, presentare istanza di compensazione (poiché il termine per la pubblicazione del detto decreto è stato fissato per espressa previsione del comma 6 dell'art. 133 rettificato dal decreto 152/06 al 31.03.2008).

La percentuale stabilita dal ministero si applica alle variazioni eccedenti il 10% dei singoli materiali impiegati in costruzioni realizzate nell'anno solare precedente.

Suggerimenti utili nell'interesse delle imprese: sarebbe opportuno svincolare la compensazione dal riferimento a circostanze eccezionali; sarebbe opportuno eliminare il riferimento alla necessità che l'istanza per il prezzo chiuso o per la compensazione debbano essere presentate "a pena di decadenza" entro 60 giorni dalla pubblicazione del decreto, poiché si tratta di un termine di decadenza molto penalizzante..

Non è chiaro se la presentazione dell'istanza esoneri dalla iscrizione di riserva, o l'iscrizione di riserva metta in salvo la richiesta anche nel caso in cui l'istanza sia stata formulata fuori dal suddetto termine ma tempestivamente secondo la contabilità dei lavori.

2.21 Procedura di affidamento in caso di fallimento

L'articolo 140 rettifica la precedente previsione normativa che prevede la possibilità del bando di prevedere l'interpello progressivo dei soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura in caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto per grave inadempimento del medesimo. La rettifica consiste nel prevedere che l'interpello possa avvenire sino al quinto migliore offerente.

Il secondo comma dell'art. 140, viene anch'esso modificato con la previsione, inserita al comma 2. per cui ***"L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di gara"***.

Le modifiche all'art. 140 sono il frutto del recepimento delle censure comunitarie sullo scorrimento della graduatoria e sulle ipotesi di affidamento con procedura negoziata nel caso di fallimento dell'appaltatore.

Rispetto alla precedente formulazione, viene espunto il riferimento alle condizioni “economiche”, sicché la attuale formulazione prevede che lo scorrimento avvenga alle stesse condizioni (ossia le condizioni sia economiche che non) dell'appaltatore. Ciò in quanto la commissione ha ritenuto che la negoziazione di condizioni diverse con i soggetti in graduatoria determinasse una nuova procedura e quindi una ipotesi nuova e aggiuntiva di procedura negoziata non contemplata dalle direttive comunitarie.

Per effetto di tali censure sono stati soppressi i commi 3 e 4, che disciplinavano rispettivamente le ipotesi di affidamento con procedura negoziata senza bando nel caso di fallimento e di risoluzione per inadempimento dell'appaltatore per completare le opere appaltante.

NB Le censure della Commissione recepite nell'art. 140 sono rilevanti non solo ai fini della fattispecie di fallimento o inadempimento ma anche perché potrebbero essere analogicamente applicate a tutte le procedure che prevedono uno scorrimento della graduatoria previa rinegoziazione delle condizioni, quali ad es. la nuova procedura di project financing.

2.22 Finanza di progetto

Quella relativa alla finanza di progetto è sicuramente tra le modifiche più sostanziali introdotte dal terzo decreto correttivo che ha completamente rivoluzionato la procedura per la individuazione del promotore.

Come noto, l'aspetto che aveva sollevato più criticità a livello comunitario tanto da determinare una procedura di infrazione era la previsione del diritto di prelazione del promotore.

Sin dal secondo correttivo la prelazione del promotore è stata eliminata di fatto determinando una forte contrazione delle iniziative di project financing.

La soluzione del terzo correttivo è stata pensata come una soluzione intermedia per rispondere alle esigenze comunitarie, senza ignorare l'istanza di semplificazione e di riconoscimento di un ruolo preferenziale al promotore pervenuta dal mondo imprenditoriale.

Il risultato però è deludente. Qui di seguito un breve riepilogo delle procedure:

A) L'art. 153 prevede che per le opere inserite nella programmazione triennale e nell'elenco annuale delle opere pubbliche la PA possa optare tra due diverse procedure:

I PROCEDURA

1) BANDO

- pubblicazione di un bando con le modalità dell'art.66 sulla base di uno studio di fattibilità redatto dalla PA per la presentazione di offerte con oneri totalmente o parzialmente a carico dei privati;
- requisiti di partecipazione richiesti per il concessionario ex art. 98 Dpr 554/99 anche consorziando o associando altri soggetti;
- previsione dell'obbligo del promotore di adeguare il progetto preliminare presentato alle indicazioni della PA a proprie spese, nonché previsione dello scorrimento in graduatoria qualora non vi sia disponibilità ad apportare le modifiche richieste al promotore e non accettate.
- Criterio aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 (tenere conto che l'art. 3 ha introdotto il riferimento ai parametri Eurostat)
- Il disciplinare deve indicare: l'ubicazione delle opere, descrizione opere, destinazione urbanistica, tipologie servizio da gestire -- > ciò allo scopo di consentire la presentazione offerte omogenee.

2) OFFERTA: l'offerta da presentare in questa procedura consiste di un progetto preliminare, una bozza di convenzione, piano economico finanziario asseverato, specifiche di gestione del servizio, importo spese sostenute in % non superiore al 2,5% dell'investimento.

3) individuazione del migliore offerente come promotore:

A questo punto vi sono due alternative:

- a) se il progetto non necessita di modifiche ---→ STIPULA CONCESSIONE
- b) se il progetto necessita di modifiche --→ STIPULA CONCESSIONE con il promotore che accetta di apportare le modifiche richieste dalla PA con oneri a proprio carico;

c) se il progetto necessita di modifiche ed il promotore non accetta → scorrimento graduatoria fino al concorrente che accetta e con cui si stipula la concessione.

Costituisce un aspetto importante la previsione di una garanzia che in aggiunta a quella di cui all'art.75 e a quella relativa alla copertura delle spese del 2,5%, garantisca in fase di svolgimento del servizio l'applicazione di penali. Tale polizza va costituita all'avvio della gestione per un importo pari al 10% del valore annuo dell'investimento.

II PROCEDURA:

PRIMA FASE

1) BANDO:

- solo per la individuazione di un promotore cui spetta il diritto di prelazione sulla base di uno studio di fattibilità per la presentazione di offerte con oneri totalmente o parzialmente a carico dei privati;
- non contiene riferimento ai requisiti del concessionario = sembra potersi ipotizzare che in questo caso il promotore non debba possedere sin da questa fase tutti i requisiti del concessionario;
- criterio offerta economicamente più vantaggiosa

2) Offerta = l'offerta da presentare in questa procedura consiste di un progetto preliminare + bozza convenzione, piano economico finanziario asseverato istituto bancario.

3) Approvazione del progetto preliminare prescelto e individuazione del promotore con diritto di prelazione

SECONDA FASE

1) Bando con a base il progetto preliminare del promotore approvato e con le condizioni economiche e contrattuali offerte dal promotore.

2) Se non sono presentate offerte economicamente più vantaggiose del promotore = aggiudicazione al promotore della concessione

2 bis) se sono presentate offerte più vantaggiose di quelle del promotore = egli può entro 45 giorni successivi adeguare la propria offerta e la concessione viene stipulata con il promotore con rimborso spese al migliore offerente.

2 ter) se egli non adegua, la concessione viene stipulata al migliore offerente previo rimborso spese al promotore.

Ponendo a confronto le due procedure, deve evidenziarsi che:

- La prima ha l'indubbio vantaggio di una maggiore celerità;
- Entrambe sono molto onerose poiché comportano la presentazione nella prima fase della gara di tante proposte (preliminare, bozza convenzione, piano economico finanziario etc) quanti sono i concorrenti.
- Nella seconda procedura non si fa riferimento ai requisiti del concessionario, potendosi ipotizzare pertanto che possano partecipare anche soggetti non ancora in possesso di tali requisiti.
- La seconda procedura è molto lunga e soprattutto non è chiaro quando l'amministrazione possa optare per l'uno o l'altro offerente.
- A mio giudizio, nessuna delle due procedure è esente da censure comunitarie: la prima in quanto prevede che laddove il migliore offerente non accetti le modifiche richieste dalla stazione appaltante su progetto preliminare, si possa procedere allo scorrimento della graduatoria sino ad individuare il concorrente che accetti le condizioni del migliore offerente modificate dalla pa: si tratta dunque di un progetto preliminare diverso da quello prescelto con la prima procedura a condizioni economiche e contrattuali diverse sia da quelle della migliore offerte sia da quelle proposte dall'offerente; stando alle censure mosse dalla commissione all'art. 140 nel caso di scorrimento della graduatoria nell'ipotesi di fallimento si deve ipotizzare che le medesime censure potrebbero essere sollevate anche in questa procedura, in considerazione del rilievo che anche in questo caso, come per lo scorrimento in caso di fallimento, dove vi sono nuove e diverse condizioni lo scorrimento costituisce una ipotesi di procedura negoziata non contemplata dalle direttive.
- Quanto alla seconda procedura, la censura della Commissione potrebbe essere riferita alla permanenza del diritto di prelazione anche se a valle di un espresso bando di gara.

B) Procedura per il caso di opere inserite in programmazione triennale ma per le quali non è stato pubblicato un bando:

PRIMA FASE

Qui si ipotizza una procedura lunghissima:

- 1) se entro 6 mesi dalla approvazione elenco annuale non c'è bando → si procederà alla presentazione della proposta entro i successivi 4 mesi +10 mesi
- 2) entro i successivi 60 gg le amministrazioni pubblicano un avviso → +2 mesi
- 3) entro 6 mesi esame proposte in base avviso - → + 6 mesi
- 4) presentazione proposte entro 90 gg → + 3 mesi
- 5) verificato il possesso interessi la pa individua offerta pubblico interesse:

TOTALE = 21 mesi

Si tratta di una procedura in cui necessitano 21 mesi per arrivare ad individuare una proposta di pubblico interesse.

SECONDA FASE:

- a) Dialogo competitivo ex art. 58 se il progetto necessita di modifiche
- b) Se il progetto non necessita di modifiche:
 - 1) concessione ex art. 143;
 - 2) procedura del comma 15, invitando anche il promotore.

Si tratta di una procedura lunghissima onerosa e senza certezze, che non avrà alcun effetto incentivante sull'utilizzo della finanza di progetto.

C) opere non inserite in programmazione: entro sei mesi dalla ricezione delle proposte le amministrazioni devono valutarle ed eventualmente inserirle in programmazione senza che ciò comporti alcun diritto per il proponente.

2.23 Locazione finanziaria.

Si è già detto che viene qualificata come un'opera pubblica, anche se si tratta di un contratto misto; l'aspetto interessante è che l'offerente può essere una associazione tra un soggetto finanziatore ed un realizzatore uniti in ATI. Si tratta dunque di una forma di associazione di tipo misto in senso sostanziale ossia tra soggetti di comparti produttivi diversi. Rispetto alla regola della immodificabilità dell'ATI qui si consente la

sostituzione di uno dei due partner con altri in possesso dei requisiti anche al di fuori dell'ipotesi di fallimento o morte (uniche eccezioni per la modifica delle ATI normali) ma per il sopravvenire di qualsiasi inadempienza.

3. Conclusioni

I brevi commenti riportati non hanno sicuramente alcuna valenza esaustiva; tuttavia, essi sono il frutto di considerazioni di chi guarda con l'occhio dell'operatore, dell'avvocato che assiste quotidianamente imprese e pubbliche amministrazioni nella complessa opera di fornire indicazioni efficaci in un coacervo di norme non scevre da contraddizioni. L'augurio è che i dubbi e le perplessità che nascono dalle nostre riflessioni si traducano in senso critico e in una forma di consapevolezza comune in grado di indurre a comportamenti virtuosi sia le stazioni appaltanti sia le imprese.