

## **CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI:**

# **AL VIA LE MODIFICHE DEL “TERZO DECRETO CORRETTIVO”**

### **Introduzione**

Il 17 ottobre scorso sono entrate in vigore le modifiche apportate al Codice dei Contratti Pubblici (CCP)<sup>1</sup> dal Decreto Legislativo n. 152/2008, anche noto come “Terzo Decreto Correttivo” (TDC).<sup>2</sup>

All’art. 1, il TDC reca le “disposizioni di adeguamento comunitario”, le quali dovrebbero consentire all’Italia di superare i rilievi espressi dalla Commissione europea nell’ambito della procedura di infrazione, avviata contro il nostro Paese<sup>3</sup> per l’errata trasposizione, nel CCP, della disciplina comunitaria in materia di contratti pubblici. All’art. 2, il TDC prevede “disposizioni di coordinamento”, ad ulteriore modifica del CCP.

---

(<sup>1</sup>) D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, in G.U. 2 maggio 2006, n. 100, S.O.

(<sup>2</sup>) D.Lgs. 11 settembre 2008 n. 152, *Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell’articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62*, in G.U. 2 ottobre 2008, n. 231, S.O.

(<sup>3</sup>) Procedura di infrazione pendente n. 2007/2309.

Ecco, in sintesi, le principali novità introdotte dalle disposizioni in commento.

### **Finanza di progetto**

In materia di finanza di progetto, il TDC prevede che le stazioni appaltanti possano ricorrere, alternativamente, al meccanismo della doppia gara, alla gara unica semplificata, oppure alla procedura su impulso di operatori privati.

Nel caso di “doppia gara”, la prima procedura individua il promotore e attribuisce il diritto di prelazione, mentre la seconda procedura consente di aggiudicare la concessione ponendo a base di gara la proposta del promotore.

Nel caso di “gara unica”, i concorrenti devono presentare offerte corredate dal progetto preliminare, dalla bozza di convenzione, dal piano economico-finanziario e dalle caratteristiche del servizio e della gestione. L’amministrazione aggiudicatrice prende, dunque, in esame le offerte pervenute, forma una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta, ponendo in approvazione il relativo progetto<sup>4</sup>.

---

(<sup>4</sup>) Art. 1, co. 1, lett. ee) TDC, che modifica l’art. 153 CCP.

Una terza forma di aggiudicazione è lasciata all'iniziativa dei soggetti interessati che possono presentare una proposta con riferimento ai lavori, inseriti nell'elenco annuale dei lavori pubblici, per i quali l'amministrazione non abbia pubblicato i relativi bandi entro i sei mesi dall'approvazione dell'elenco.

L'amministrazione aggiudicatrice provvede a pubblicare un avviso di gara con la previsione dei criteri di valutazione. La proposta dal promotore, eventualmente rielaborata alla luce dei criteri di valutazione, nonché le eventuali nuove proposte di altri soggetti vengono valutate dall'Amministrazione, che individua quella ritenuta di pubblico interesse. La proposta selezionata viene posta a gara, ed alla stessa viene invitato il promotore, il quale avrà diritto di adeguare la sua offerta a quella ritenuta dalla amministrazione più vantaggiosa (si tratta di un cd. *right to match*).

### **Locazione finanziaria**

Per quanto concerne la locazione finanziaria, il TDC precisa che il contratto di locazione finanziaria "costituisce appalto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo".<sup>5</sup>

Il TDC aggiunge, inoltre, all'art. 160-*bis* CCP le seguenti previsioni:

- il comma 4-*bis*: ai sensi di questa disposizione, il soggetto finanziatore, che stipula un contratto di locazione finanziaria, deve dimostrare alla stazione appaltante di disporre dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto, se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti (anche in

<sup>(5)</sup> Art. 2, co. 1, lett. nn) TDC, che modifica l'art. 160-bis CCP.

associazione temporanea con un soggetto realizzatore);

- il comma 4-*ter*: tale norma prevede che la stazione appaltante ponga, a base di ogni gara, un progetto preliminare;
- il comma 4-*quarter*: con questa disposizione, il TDC consente che all'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria, pur considerata formalmente privata (finché l'amministrazione non esercita il diritto d'opzione), venga esteso il regime pubblicistico ai fini urbanistici, espropriativi ed edilizi.

### **Consorzi**

Il TDC interviene anche sulla disciplina dei "consorzi stabili" i quali, in sede di offerta, devono indicare per quali consorziati concorrono. Ai consorziati è, dunque, proibito partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara.

Qualora, tuttavia, le stazioni appaltanti si avvalgano della facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale<sup>6</sup> e della disciplina speciale degli appalti di servizi e forniture sotto soglia<sup>7</sup>, il divieto viene esteso a tutti i consorziati<sup>8</sup>.

### **Avvalimento**

Per effetto dell'abrogazione del comma 7 dell'art. 49 del CCP, disposta dal TDC, l'istituto dell'avvalimento non può più essere oggetto di limitazioni decise dall'amministrazione aggiudicatrice e appositamente inserite nel bando.

<sup>(6)</sup> Art. 122, co. 9 CCP.

<sup>(7)</sup> Art. 124, co. 8 CCP.

<sup>(8)</sup> Art. 2, co. 1, lett. f) TDC, che modifica l'art. 36, co. 5 CCP.

La disciplina previgente, infatti, riconosceva alla stazione appaltante la possibilità di disporre nel bando la facoltà delle imprese partecipanti di avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento potesse integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente, in misura o nella percentuale indicata nel bando medesimo.

L'abrogazione del suddetto comma dovrebbe, quindi, consentire l'ulteriore sviluppo dell'avvalimento.

### **Aste elettroniche e lavori in economia**

Per effetto del TDC, il ricorso alle aste elettroniche viene esteso anche ai lavori<sup>9</sup>, mentre quello alla licitazione privata semplificata viene esteso fino ad un milione di euro<sup>10</sup>.

In materia di lavori in economia, il TDC interviene, in particolare, sulla disciplina dei lavori di manutenzione (individuati da ciascuna stazione appaltante con riguardo alle proprie specifiche competenze), per i quali è possibile l'affidamento in economia fino a 200.000 euro<sup>11</sup>.

### **Offerte anomale sotto soglia**

Per quanto concerne le offerte anomale, invece, viene ammessa la possibilità di ricorrere al meccanismo dell'esclusione automatica solo "per i lavori di importo inferiore o pari ad 1 milione

di euro" e quando il numero delle offerte non sia inferiore a dieci<sup>12</sup>.

### **Offerta economicamente più vantaggiosa e subappalto**

Ulteriore modifica riguarda il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In proposito, è stata eliminata la previsione che consentiva di definire i criteri motivazionali, per l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione aggiudicatrice, prima dell'apertura delle offerte. Per l'effetto, i criteri devono essere previsti unicamente dal bando di gara<sup>13</sup>.

In materia di subappalto, viene introdotto il limite del 30% per le opere specializzate<sup>14</sup>. Si conferma, inoltre, la disposizione che prevede il pagamento diretto dell'appaltante in favore dell'appaltatore, la quale riconosce che "nel caso di pagamento diretto, gli affidatari comunicano alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore o dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento"<sup>15</sup>.

### **Opere di urbanizzazione**

Con riferimento alle opere di urbanizzazione, in particolare, scompare la prelazione. Inoltre, relativamente alle opere sopra soglia, l'amministrazione può prevedere che il titolare del permesso a costruire (in sede di richiesta di permesso stesso) presenti un progetto preliminare delle opere da eseguire. Sulla base del progetto così presentato, viene indetta una

<sup>(9)</sup> Art. 2, co. 1, lett. q) TDC, che modifica l'art. 85, co. 13 CCP.

<sup>(10)</sup> Art. 2, co. 1, lett. cc) TDC, che modifica l'art. 123, co. 1 CCP.

<sup>(11)</sup> Art. 2, co. 1, lett. dd) TDC, che modifica l'art. 125, co. 6, lett. b) CCP.

<sup>(12)</sup> Art. 1, co. 1, lett. bb) TDC, che modifica l'art. 122, co. 9 CCP.

<sup>(13)</sup> Art. 1, co. 1, lett. u) TDC, che modifica l'art. 83, co. 4 CCP.

<sup>(14)</sup> Art. 1, co. 1, lett. h) TDC, che modifica l'art. 37, co. 11 CCP.

<sup>(15)</sup> Art. 118, co. 3 CCP.

gara d'appalto integrato. Per le opere sotto soglia, invece, l'affidamento è determinato con procedura negoziata fra almeno cinque offerenti<sup>16</sup>.

### **Prezzo chiuso**

Per quanto concerne il "prezzo chiuso" (che scatta qualora la differenza tra tasso di inflazione reale e programmata sia superiore al 2%), il TDC introduce il nuovo comma 3-*bis* all'art. 133 CCP. Ai sensi di tale norma, le richieste di adeguamento devono essere presentate entro 60 giorni dal decreto che segnala gli eventuali scostamenti dell'inflazione.

### **Materiali da costruzione**

Ai sensi del nuovo comma 6-*bis* dell'art. 133 CCP, nel caso di aumento dei prezzi dei materiali da costruzione, l'istanza di compensazione, ai sensi del comma 4 dell'art. 133 CCP, deve essere presentata entro 60 giorni dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale del relativo decreto ministeriale<sup>17</sup>.

Il TDC precisa, inoltre, che il bando di gara può individuare i materiali da costruzione per i quali i contratti, nei limiti delle risorse disponibili, prevedono le modalità e i tempi di pagamento degli stessi previa presentazione, da parte dell'esecutore, di fattura o altro documento comprovanti il loro acquisto e previa accettazione dei materiali da parte del direttore dei lavori<sup>18</sup>. Tale pagamento sarà, tuttavia, subordinato alla costituzione di una garanzia fideiussoria (il cui importo sarà gradualmente ed automaticamente ridotto nel corso dei lavori),

---

(<sup>16</sup>) Art. 1, co. 1, lett. f) TDC, che modifica l'art. 32, c. 1, lett. g) CCP.

(<sup>17</sup>) In proposito, si veda il DM 24 luglio 2008 in G.U. 4 agosto 2008 n. 181, corretto con Comunicato dell'11 agosto 2008, in G.U. 11 agosto 2008 n. 187.

(<sup>18</sup>) Art. 2, co. 1, lett. gg) TDC.

all'effettivo inizio dei lavori ed al rispetto del cronoprogramma.

### **Mano d'opera**

In materia di congruità dei corrispettivi per la mano d'opera, all'art. 118 CCP il TDC aggiunge il comma 6-*bis*. Tale disposizione introduce, fra le misure atte a fronteggiare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare, la verifica della "congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato". Per il settore dei lavori, tale verifica sarà 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<sup>19</sup>.

### **Sistema transitorio di qualificazione**

Il TDC ha confermato, con efficacia sino al 31 dicembre 2010, la possibilità per le imprese di prendere in esame i migliori cinque anni del decennio per la dimostrazione del requisito della cifra d'affari realizzata con lavori, dell'adeguata dotazione di attrezzature tecniche e dell'organico medio annuo.

Per la dimostrazione del requisito relativo all'esecuzione dei lavori nelle singole categorie e per i "lavori di punta", il periodo documentabile è quello dell'intero decennio antecedente la qualificazione<sup>20</sup>.

### **I chiarimenti dell'Autorità**

Con delibera del 15 ottobre scorso<sup>21</sup>, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori,

---

(<sup>19</sup>) Art.2, co. 1, lett. aa) TDC.

(<sup>20</sup>) Art.2, co. 1, lett. vv) TDC.

(<sup>21</sup>) AVCP, Comunicato del 15 ottobre 2008 n. 54, *Criteri interpretativi per l'applicazione del D.Lgs. n. 152/2008, Terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici.*

servizi e forniture (AVCP) ha fornito criteri interpretativi per l'applicazione del TDC.

Con particolare riguardo al “sistema transitorio di qualificazione”, l'Autorità ha chiarito che “il miglior quinquennio economico, da utilizzare per la dimostrazione di cifra d'affari, adeguata dotazione di attrezzature tecniche e adeguato organico medio annuo, deve essere prescelto dall'impresa e deve essere unico per i tre suddetti requisiti”.

Secondo l'Autorità, “i valori relativi alla cifra d'affari, al costo delle attrezzature e al costo del personale devono, pertanto, riferirsi alle

medesime annualità prese in considerazione, ancorché non consecutive”.

### **In attesa del Regolamento di attuazione**

Si ricorda, infine, che è ancora in corso la revisione del Regolamento di attuazione del CCP, resa necessaria in considerazione delle modifiche apportate dal TDC.

Per la definitiva approvazione del Regolamento, sul testo attualmente in discussione dovrà pronunciarsi, fra gli altri, il Consiglio superiore dei lavori pubblici.

*Per maggiori informazioni si prega di contattare:*

**Avv. Francesco Sciaudone**  
[francesco.sciaudone@grimaldieassociati.com](mailto:francesco.sciaudone@grimaldieassociati.com)

#### **GRIMALDIE ASSOCIATI**

Roma – Via Pinciana, 25 - Tel. +39 06 844651 – Fax +39 06 84465200  
Milano – Via del Lauro, 9 - Tel. +39 02 303551 – Fax +39 02 30355200  
Bruxelles – Boulevard de Waterloo, 30 - Tel. +32 2 5511201 – Fax +32 2 5511200

*La presente nota è indirizzata esclusivamente ai clienti dello studio legale Grimaldi e Associati e non è, dunque, da considerare in nessun modo forma di pubblicità ai sensi dell'articolo 17 del Codice Deontologico. Le informazioni contenute e le considerazioni svolte non sono esaustive dei temi trattati e non costituiscono pareri legali. Esse non possono, pertanto, essere utilizzate in luogo di una consulenza specifica, resa in esito alla puntuale valutazione delle circostanze del singolo caso.*