

DECRETO LEGISLATIVO 11 SETTEMBRE 2008 N. 152

ULTERIORI DISPOSIZIONI CORRETTIVE E INTEGRATIVE

DEL D. LGS. 163/2006 RECANTE IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Il decreto 11 settembre 2008, n. 152, in vigore dal 17 ottobre 2008, adegua il codice degli appalti pubblici ai rilievi comunitari (*nota del 30/1/08 della Commissione Europea e Corte di giustizia CE 15/5/2008*), e lo integra di alcune norme precedentemente inserite nel progetto di regolamento (articolo 5 del D.Lgs 163/06) che, a seguito delle osservazioni del Consiglio di Stato, dovevano trovare copertura legislativa primaria.

Di seguito sono elencati gli articoli che sono stati oggetto di modificazioni, evidenziando quelle che maggiormente interessano l'operatività del servizio provveditorato della Camera di commercio.

PARTE PRIMA – PRINCIPI E DISPOSIZIONI COMUNI

Gli articoli modificati sono i seguenti: 3,5,6,7,13,18,21 e 24:

Articolo 3 *Definizioni*

Vengono inseriti i commi **15bis** e **15 ter**, concernenti rispettivamente la definizione di:

a) *Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità*

La locazione finanziaria di opere pubbliche viene definito un contratto che ha per oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori.

Si tratta di una procedura attraverso la quale la pubblica amministrazione seleziona un privato finanziatore dell'opera pubblica, la quale viene messa a disposizione della stessa Amministrazione che ne usufruisce secondo le condizioni prestabilite, con pagamento di un canone periodico. Tale istituto consente di realizzare opere anche in assenza di tutte le disponibilità facendone ricadere i costi su più esercizi.

Tale locazione finanziaria (leasing) si differenzia dalla finanza di progetto (project financing) dato che quest'ultimo viene di norma utilizzato per realizzare quelle opere che sono fonte di un flusso finanziario, che consente l'autofinanziamento dell'opera medesima.

b) *Partenariato pubblico privato*

Trattasi di contratti che hanno 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.

A tal proposito, l'articolo 15 ter individua, a titolo esemplificativo, alcune tipologie di contratti che possono rientrare nella fattispecie del partenariato (concessione di lavori, concessione di servizi, locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste).

Articolo 7

Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture

Al comma 10 viene prevista l'istituzione presso l'Osservatorio del "casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", rinviando la relativa disciplina al regolamento di cui all'articolo 5 del D. Lgs. n. 163/2006. A tale riguardo, si rinvia alla determinazione n.1/2008 dell'Autorità di vigilanza.

Articolo 13

Accesso agli atti e divieti di divulgazione

Nel comma 2, riguardante il differimento dell'accesso agli atti, è inserita la lettera c bis) con la quale viene disposto che nel procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, l'accesso agli atti è differito all'aggiudicazione definitiva dell'appalto.

PARTE SECONDA – CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI A LAVORI, SERVIZI, FORNITURE NEI SETTORI ORDINARI

Questa parte dell'articolato del D.Lgs. n.163/2006, disciplina i contratti sopra e sotto soglia comunitaria, il cui limite di spesa dall'1 gennaio 2008 è fissato in € 206.000 oltre IVA, ai sensi del regolamento della Commissione europea n. 1422/2007 del 4/12/2007, pubblicato sulla GUCE, serie 317/34 del 5/12/2007.

A) CONTRATTI SOPRA SOGLIA

Gli articoli modificati sono i seguenti:

32,34,36,37,38,4°,41,47,48,49,50,53,58,64,65,70,74,75,79,83,85,88,90,91,92,101,112,113,117,118 e 120.

Di seguito sono evidenziate le modifiche di maggior rilievo che si ritiene possano interessare l'operatività degli uffici preposti all'attività negoziale:

Articolo 34
Soggetti a cui possono essere affidati i contratti

Nel comma 1 viene inserita la lettera f bis) con la quale si prevede che alle procedure di affidamento dei contratti pubblici possano partecipare gli “*operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi*”.

Si tratta di un adeguamento alla normativa comunitaria, dato che la Commissione europea aveva ritenuto che fossero discriminati gli operatori stranieri costituiti secondo le forme associative proprie dei loro paesi.

Conseguentemente, nell'articolo 47 le parole “imprese stabili” vengono sostituite con “operatori economici stabili”.

In coerenza con quest'ultima modifica vengono integrati anche i successivi articoli 90, 91 e 101.

Articolo 36
Consorzi stabili

Il comma 5 viene sostituito e la nuova versione prevede, in particolare, che i consorzi stabili indichino, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorra, prevedendo per gli stessi consorziati il divieto di partecipare in qualsiasi altra forma alla medesima gara.

Inoltre, per gli appalti di lavori d'importo inferiore a un milione di euro e per quelli di servizi e di forniture di importo sotto soglia, aggiudicati al prezzo più basso e con esclusione automatica delle offerte anomale, è vietata la partecipazione alla stessa gara del consorzio stabile e di tutte le imprese consorziate. In caso d'inosservanza di tali divieti è prevista l'applicazione dell'art. 353 del codice penale (*turbata libertà degli incanti*).

Articolo 37
Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti

Con una modifica al comma 7 viene disposto per i consorzi, di cui al comma 1, dell'articolo 34 (consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e consorzi tra imprese artigiane), e per tutte le imprese consorziate, il divieto di partecipare alla stessa gara, per gli appalti di lavori di importo inferiore a un milione di euro e per quelli di servizi e di forniture di importo sotto soglia, aggiudicati al prezzo più basso e con

esclusione automatica delle offerte anomale. L'inosservanza del divieto comporta l'applicazione dell'art. 353 del codice penale.

All'articolo in oggetto viene, altresì, apportata un'altra importante modificazione con la sostituzione del comma 11. La nuova versione dell'articolo prevede, a differenza di quella precedente, la possibilità per gli affidatari dei contratti di lavori pubblici di poter ricorrere al subappalto, nei limiti disposti dall'art. 118 (30% della categoria dei lavori prevalente), per quelle opere di alto contenuto tecnologico e/o di rilevante complessità tecnica, che non sono in grado di realizzare, e per le quali il valore non sia superiore al 15% dell'importo totale dei lavori.

In tal caso la stazione appaltante provvederà alla corresponsione diretta al subappaltatore dell'importo delle prestazioni eseguite. La nuova disciplina rinvia al regolamento di cui all'art. 5 del D. Lgs. 163/2006, l'elenco delle opere e i requisiti richiesti per la loro realizzazione.

Pertanto è stata eliminata la normativa concernente l'entità del ribasso applicabile.

Articolo 38

Requisiti di ordine generale

A seguito dell'inserimento nel comma 1, lettera h), delle parole “*e per l'affidamento dei subappalti*”, viene rafforzata la normativa restrittiva dato che vengono esclusi dalle gare gli operatori economici che, oltre ad aver rilasciato false dichiarazioni in merito ai propri requisiti, hanno reso false dichiarazioni circa gli affidamenti di subappalti.

Articolo 41

Capacità economica e finanziaria dei fornitori e prestatori di servizi

I commi 1 e 4 vengono sostituiti e la nuova versione definisce le modalità di presentazione della documentazione richiesta agli operatori economici concorrenti per l'aggiudicazione di contratti di servizi e di forniture di beni. In particolare, si prevede che le dichiarazioni bancarie, già presentate in sede di offerta, siano almeno riferite a due istituti bancari, mentre, per quanto riguarda la documentazione probatoria concernente i bilanci e/o il fatturato globale dell'impresa, la medesima documentazione, se esibita in sede di offerta mediante dichiarazione resa ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, dovrà essere presentata, a conferma, dall'aggiudicatario.

Articolo 48

Controllo sul possesso dei requisiti

Con l'inserimento del comma 1bis si dispone che qualora la stazione appaltante si avvalga della possibilità di limitare il numero dei candidati (strumento della così detta “forcella”) da invitare alla gara, ai sensi dell'art. 62, il possesso dei requisiti prescritti

deve esse richiesto a tutti gli operatori economici invitati che dovranno presentare, in sede di offerta, la relativa documentazione in originale o in copia conforme.

Articolo 49 ***Avvalimento***

Le modifiche apportate, con la sostituzione del comma 6, prevedono per l'esecuzione di lavori(esclusi i servizi e le forniture) una nuova disciplina sulla possibilità di avvalersi dell'istituto dell'avvalimento e più in particolare:

- a) il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione;
- b) il bando di gara può ammettere all'avvalimento più imprese ausiliarie, fermo restando il divieto per il concorrente dell'utilizzo frazionato dei requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi, di cui all'art 40, comma 3, lettera b).

Con la soppressione del comma 7 viene eliminata, in adeguamento ai rilievi comunitari, le limitazioni all'istituto dell'avvalimento previste dalla normativa nazionale.

Articolo 53 ***Tipologia e oggetto dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture***

Nel comma 2, riguardante gli appalti di lavori, alla lettera c) viene abrogato il quinto periodo e in quello successivo si prevede che, ai fini della valutazione del progetto, il regolamento deve disciplinare, per gli appalti integrati, i fattori ponderali da assegnare ai pesi e/o punteggi sulla base del progetto definitivo.

Anche il comma 4 subisce delle modifiche. In particolare vengono sostituiti i primi due periodi, prevedendo che i contratti dei lavori, di cui all'anzidetto comma 2, vengano stipulati a corpo, con la facoltà delle stazioni appaltanti di stipulare contratti a misura per la sola esecuzione di lavori di importo inferiore a 500.000 euro, oltre IVA, per le manutenzioni, i restauri, gli scavi archeologici, le opere in sotterraneo, in fondazione e di consolidamento dei terreni.

Articolo. 58 ***Dialogo competitivo***

Con la soppressione del comma 13 e le modifiche al comma 15 si dispone, relativamente all'uniformità dei criteri di aggiudicazione, che i medesimi criteri devono essere riportati sia nel documento descrittivo dell'appalto che in quello del bando di gara.

Con tale modifica vengono accolti i rilievi della Commissione Europea la quale rilevava che, dal combinato disposto dai commi 13 e 15, la stazione appaltante poteva individuare criteri di aggiudicazione ulteriori e diversi da quelli fissati nel bando di gara.

Articolo. 64
Bando di gara

Nel comma 4, a seguito della soppressione delle parole “punto 3”, si prevede che il bando di gara deve contenere, almeno, tutte le informazioni previste dall’allegato IX A, del D.Lgs. 163/2006.

Articolo 65
Avvisi sui risultati della procedura di affidamento

Con la soppressione nel comma 5 delle parole “punto 5”, l’avviso dei risultati della procedura di affidamento deve, almeno, contenere tutte le indicazioni previste nell’allegato X, del D. Lgs. 163/2006.

Articolo 74
Forma e contenuto delle offerte

Nel comma 3 viene precisato che costituisce causa di esclusione dalla gara il mancato utilizzo dei moduli predisposti dalla stazione appaltante per la presentazione delle offerte solo nel caso in cui venga adottata la procedura dei prezzi unitari per la determinazione del prezzo complessivo.

Articolo 79
Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni

Viene inserito il comma 5 b-bis), con il quale si dispone che l’amministrazione comunichi d’ufficio a tutti i candidati anche la decisione di non aggiudicare l’appalto o concludere un accordo quadro.

Articolo 83
Criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa

Nel comma 4 viene soppresso l’ultimo periodo che prevede che la Commissione giudicatrice, prima dell’apertura delle buste contenenti le offerte, fissi in via generale i

criteri motivazionali ai quali si dovrà attenere per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti nel bando. Pertanto, i citati criteri motivazionali dovranno essere conseguentemente indicati nel bando di gara, per cui la commissione giudicatrice non potrà più disporre preventivamente criteri motivazionali.

Articolo 85 ***Ricorso alle aste elettroniche***

Nel comma 7 viene disposto che le stazioni appaltanti, prima si procedere all'asta elettronica, devono effettuare, in seduta riservata, una prima valutazione completa delle offerte pervenute con le modalità stabilite nel bando di gara. La modifica è finalizzata a evitare che i concorrenti si accordino per i rilanci da effettuare nel corso dell'asta. Inoltre, nel comma 13, viene cancellato l'inciso “ per l'acquisto di beni e servizi ”, rendendo così possibile il ricorso a procedure telematiche anche per l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici.

Articolo 88 ***Procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse***

Il comma 6 viene soppresso, mentre nel comma 7 viene ridefinita la procedura per la verifica delle offerte presunte anomale. La nuova normativa consente di procedere alla verifica progressiva di offerte anomale e, solo al termine del procedimento, la stazione appaltante dovrà formalizzare l'esclusione delle offerte inaffidabili e procedere all'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala. A tale proposito, si richiama l'inciso del precedente articolo 13 in merito all'accesso agli atti di verifica delle offerte anomale.

Articolo 90 ***Progettazione interna ed esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici***

Nel comma 1, per adeguamento alla normativa comunitaria, viene inserita la lettera f bis), con la quale si dispone che sono ammessi a partecipare alle gare anche i prestatori di servizi di ingegneria e architettura stabiliti in altri Stati membri, costituiti in base alla legislazione in essere nei rispettivi Paesi. Nella successiva lettera g) viene previsto che anche i consorzi stabili di società di ingegneria e di società di professionisti possono partecipare alle gare in raggruppamenti temporanei con altri progettisti.

Articolo 91
Procedure di affidamento

Nel comma 1 viene previsto che anche per l'affidamento degli incarichi esterni di collaudo, di importo pari o superiore ai 100.000 euro, oltre IVA, devono essere seguite le procedure ad evidenza pubblica, previste per gli affidamenti di incarichi di progettazione.

Alle gare, come evidenziato in precedenza, saranno ammessi anche i prestatori di servizi d'ingegneria e architettura, costituiti in altri Stati comunitari ovvero in raggruppamento temporaneo con altri progettisti.

Articolo. 92
Corrispettivi, incentivi per la progettazione e fondi a disposizione delle stazioni appaltanti

L'articolo in rassegna viene adeguato alla norma, di cui alla legge 4 agosto 2006, n. 248 (nota come "decreto Bersani"), con la quale sono state abrogate le tariffe minime professionali, comprese quelle per ingegneri e architetti.

Pertanto, nel comma 2, viene previsto che le stazioni appaltanti possono utilizzare i minimi tariffari, fissati con il D.M. 4/4/2001, quale criterio a base di riferimento per la determinazione dell'importo da porre a base di gara.

Conseguentemente, viene abrogato il comma 4, che richiamava la legge n. 155/89 e che prevedeva lo sconto del 20% delle tariffe a favore degli enti pubblici.

Per quanto attiene al comma 5, riguardante la somma massima del 2% dell'importo posto a base di gara del lavoro, da ripartire tra il responsabile del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo (nonché tra i loro collaboratori), si ricorda che l'articolo 62, comma 8, della legge 133/2008, ha disposto che detta somma, a decorrere da 1/1/2009, venga ripartita per lo 0.50% a favore delle strutture interne e per l'1,50% a favore dello Stato.

Viene, infine, introdotto il comma 7 bis, con il quale si dispone che tra le spese di progettazione da ricomprendere nel quadro economico vi sono quelle relative alle assicurazioni dei dipendenti e quelle strumentali sostenute dall'Amministrazione aggiudicatrice relative all'intervento.

Articolo 101
Disposizioni generali per la partecipazione ai concorsi di progettisti

Nel primo periodo del comma 2, viene inserita la lettera f bis) riguardante la possibilità dei prestatori di servizi di ingegneria e architettura costituiti, in altri Stati comunitari, di partecipare ai concorsi di progettazione (articolo 90).

Articolo 112
Verifica della progettazione prima dell'inizio dei lavori

La normativa viene integrata con il comma 4 bis, che, abrogando la lettera c) del successivo comma 5, dispone che il soggetto incaricato della verifica del progetto (validazione) sia munito, sin dall'accettazione dell'incarico, di una polizza di responsabilità civile, con onere a carico della stazione appaltante per i soggetti interni all'amministrazione o del soggetto affidatario esterno, in analogia a quanto previsto all'articolo 90, comma 5.

Articolo 113
Cauzione definitiva

Nel comma 1 viene aggiunto la frase “ si applica l'art. 75, comma 7”. Con tale integrazione viene estesa la riduzione del 50% dell'importo della garanzia definitiva anche agli esecutori dei contratti di forniture e di servizi, in possesso della specifica certificazione del sistema qualità.

Articolo 117
Cessione dei crediti derivanti da contratto

Il termine previsto nel comma 3 per la comunicazione del diniego da parte della stazione aggiudicatrice all'appaltatore che intende cedere il credito, passa da 15 giorni a 45 giorni.

Articolo 118
Subappalto, attività che non costituiscono subappalto e tutela del lavoro

Nell'ultimo periodo del comma 6, riguardante il pagamento degli stati di avanzamento dei lavori e dello stato finale dei lavori, viene abrogata la disposizione che attualmente prevede la trasmissione da parte dei subappaltatori all'amministrazione appaltante della copia dei versamenti dovuti agli organismi paritetici previsti dalla contrattazione collettiva, ove dovuti. Viene, inoltre, riscritto il comma 6 bis, concernente l'integrazione del documento unico di regolarità contributiva con l'inserimento della verifica della congruità dell'incidenza della manodopera relativa allo specifico contratto, che per i lavori viene effettuata dalla Cassa Edile in base agli accordi assunti a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale.

Articolo 120 ***Collaudo***

Con l'inserimento del comma 2 bis, viene disciplinato l'affidamento, da parte delle stazioni appaltanti, dell'incarico di collaudo e di verifica di conformità per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, a propri dipendenti o di altre amministrazioni aggiudicatrici. La nuova disciplina prevede che detti incarichi devono essere conferiti, secondo criteri fissati preventivamente e nel rispetto dei principi di rotazione e di trasparenza, con appositi e motivati provvedimenti, a soggetti con elevata e specifica qualificazione in riferimento all'oggetto e alla specificità del contratto. In caso di carenza in organico di personale in possesso dei necessari requisiti e nell'impossibilità di ricorrere a dipendenti di altre amministrazioni aggiudicatrici con competenze specifiche, la stazione appaltante potrà ricorrere a soggetti esterni nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica.

Per il collaudo dei lavori l'affidamento a soggetti esterni deve avvenire ai sensi dell'art. 91.

B) CONTRATTI SOTTO SOGLIA

Le modifiche riguardano gli articoli 122, 123, 124 e 125; di seguito vengono riportate le variazioni ritenute di maggior rilievo.

Articolo 122 ***Disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici***

Il comma 9 viene integrato con la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere l'esclusione automatica dalla gara delle offerte ritenute anomale solo per gli appalti di lavori di importo pari o inferiore a un milione di euro, oltre IVA, per i quali si prevede l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso. Tale facoltà, tuttavia, non può essere esercitata qualora le offerte ammesse alla gara siano inferiori a dieci, anziché a cinque come attualmente previsto. Pertanto, per i contratti di importo superiori ad un milione di euro, oltre IVA, deve essere effettuata, al pari di quelli di importo sopra soglia, la verifica in contraddittorio dell'anomalia.

Articolo 123
Procedura ristretta semplificata per appalti di lavori

La procedura ristretta semplificata, con la modifica apportata dal terzo decreto correttivo, è consentita per la sola esecuzione di lavori di importo inferiore a un milione di euro, oltre IVA, anziché di 750.000 come precedentemente previsto.

Articolo 124
Appalti di servizi e forniture sotto soglia

Con le modifiche al comma 8, viene prevista la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere l'esclusione automatica dalla gara delle offerte ritenute anomale per le forniture di beni e di servizi di importo inferiore o pari a 100.000 euro, oltre IVA, per le quali si prevede l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso; facoltà che non può essere esercitata qualora le offerte ammesse alla gara siano inferiori a dieci, anziché a cinque come previsto attualmente. Per i contratti di importo superiore ai 100.000 euro, oltre IVA, si rende obbligatoria la verifica in contraddittorio dell'anomalia.

Articolo 125
Lavori, servizi e forniture in economia

Nel comma 6, riguardante i lavori eseguibili in economia, alla lettera b) relativa alla manutenzione di opere o di impianti, vengono soppresse le parole “ di importo non superiore a 100.000 euro”, con conseguente possibilità di poter effettuare affidamenti sino a 200.000 euro, oltre IVA. Tale modifica non ha, tuttavia, una ricaduta diretta sul D.M. 3 dicembre 2004, poiché, fino all'emanazione di un nuovo regolamento delle procedure in economia delle camere di commercio, rimane in vigore il limite di spesa di 50.000 euro, oltre IVA, di cui al comma 4, lettera b).

C) DISPOSIZIONI ULTERIORI PER I CONTRATTI RELATIVI A LAVORI PUBBLICI

Le modifiche apportate dal terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici riguardano gli articoli 128,129,133,135, 140, 141, 153, 154, 155,156, 159,160 e 160 bis.

Per quanto attiene ai lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, si segnala che solo l'art. 175 può interessare anche le Camere di Commercio per quanto

attiene gli studi di fattibilità da presentare al Ministero delle infrastrutture relativamente alla realizzazione di infrastrutture e di insediamenti produttivi di interesse nazionale.

Di seguito si evidenziano quelle ritenute di maggior interesse.

Articolo 128 **Programmazione dei lavori**

Nel comma 6 viene aggiunto che per i lavori pubblici o di pubblica utilità, finanziati in tutto o in parte con capitali privati, di cui all'articolo 153 "Finanza di progetto", è sufficiente includere lo studio di fattibilità nell'elenco annuale dei lavori.

Nel comma 12 viene stabilito in 30 giorni, dalla data di approvazione, il termine per la trasmissione al CIPE dei programmi triennali e degli aggiornamenti annuali.

Articolo 133 **Termini di adempimento, penali, adeguamento dei prezzi**

Per fare fronte al sensibile aumento dei prezzi di alcuni materiali da costruzione è stata prevista un'apposita norma nel comma 1 bis. Con tale provvedimento si ripropone il **divieto di corrispondere anticipi di prezzo**.

Tuttavia, si prevede la possibilità che nel bando di gara vengano individuati i materiali da costruzione per i quali il contratto deve prevedere le modalità e i tempi di pagamento degli stessi, previa accettazione dei materiali da parte del direttore dei lavori. La stazione appaltante, previa fideiussione rilasciata dall'aggiudicatario, provvederà al pagamento delle fatture comprovanti l'acquisto di tali materiali nella tipologia e nella quantità necessaria per l'esecuzione del contratto, con conseguente automatica riduzione della garanzia.

In questo caso, non trovano applicazione le disposizioni previste nel successivo comma 3 (istituto del "prezzo chiuso") e nei commi da 4 a 7 ("compensazioni").

Infine, viene disposto che i decreti ministeriali, di cui ai commi 3 e 6, concernenti la percentuale annua di aumento per costi dei lavori e dei materiali più significativi, vengano emanati entro il 31 marzo di ogni anno, anziché il 30 giugno.

In merito all'adeguamento dei prezzi dei materiali da costruzione, si rinvia a quanto disposto dall'articolo 1 del decreto legge 23 ottobre 2008, con il quale viene stabilito, in deroga a quanto previsto dall'articolo 133, commi 4, 5, 6 e 6bis, che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti rilevi entro il 30 gennaio 2009, con proprio decreto, le variazioni percentuali annue, in aumento o in diminuzione, superiori all'8% dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi

Articolo 140
Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per inadempimento

L'articolo in rassegna viene sostanzialmente modificato. Innanzitutto, nell'ultimo periodo del comma 1 viene previsto che all'interpello dei concorrenti, facenti parte dell'originaria graduatoria di gara, si proceda a partire dall'operatore che ha formulato la migliore offerta, escluso l'originario aggiudicatario, sino al quinto miglior offerente. Il nuovo affidamento dovrà avvenire alle stesse condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta.

Con l'abrogazione dei commi 3 e 4 viene eliminata la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata per il completamento dei lavori in caso di fallimento o indisponibilità dei soggetti interpellati.

Articolo 141
Collaudo dei lavori pubblici

Con la soppressione del comma 4 viene, in particolare, abrogata la disposizione che consentiva alle amministrazioni aggiudicatrici di nominare, per il collaudo dei lavori, tecnici nell'ambito delle proprie strutture.

Articolo 153
Finanza di progetto

La finanza di progetto è uno strumento che rientra nell'ambito del partenariato pubblico e privato, dato che l'opera viene realizzata attraverso lo strumento della concessione con oneri a carico di soggetti privati, i quali usufruiscono della redditività derivante dall'utilizzo dell'opera per un determinato periodo.

Al termine di detto periodo, l'Amministrazione acquisisce l'intera proprietà dell'opera.

Il nuovo articolo apporta una forte novità in materia di partenariato pubblico privato e project financing, dato che cambiano la procedura per la scelta del soggetto attuatore e il procedimento di affidamento, realizzazione e fruizione dell'opera. La nuova disciplina, infatti, prevede diverse ipotesi di assegnazione:

- a) gara unica senza diritto di prelazione al promotore.

In questo caso la stazione appaltante indice gara per la realizzazione di un intervento inserito nella programmazione triennale di cui all'art. 128 del D. Lgs. 163/2006, sulla base di uno studio di fattibilità.

Individuata la migliore offerta, sulla base di criteri prefissati, l'Amministrazione nomina il promotore e, previa approvazione del progetto preliminare presentato, procede alla stipula definitiva del contratto.

Qualora l'Amministrazione appaltante, invece, richiedesse modifiche al progetto preliminare e il promotore non le accettasse, l'Amministrazione potrà rivolgersi al concorrente successivo in graduatoria che accetti di apportare le modifiche richieste al progetto del promotore e alle stesse condizioni da questo offerte. In tal caso al promotore non affidatario verrà riconosciuto un rimborso spese a carico dell'aggiudicatario nel limite del 2,5% dell'investimento;

- b) gara con due procedure selettive, con diritto di prelazione del promotore.

Nel caso l'Amministrazione opti per tale procedura dovranno essere indette due gare e più in particolare:

- 1) una prima gara per individuare il promotore sulla base di uno studio di fattibilità, al quale viene riconosciuto il diritto di prelazione in sede di successiva gara per l'aggiudicazione della concessione;
- 2) una seconda gara, con a base il progetto preliminare proposto dal promotore e approvato dall'Amministrazione alle condizioni economiche e contrattuali offerte dal promotore. Il contratto viene aggiudicato al promotore se non vengono proposte offerte più vantaggiose di quelle proposte dallo stesso promotore, il quale, tuttavia, può ugualmente aggiudicarsi il contratto nel caso adegui la propria offerta a quella risultata più vantaggiosa dai concorrenti. Nel caso di mancato adeguamento, al promotore verranno rimborsate le spese sostenute per la partecipazione alla gara nel limite del 2,5% dell'investimento. Infine, nel caso in cui il promotore non eserciti il diritto di prelazione, il contratto di concessione viene aggiudicato al concorrente miglior offerente, con l'onere a carico di quest'ultimo di rimborsare al promotore le spese di partecipazione alla gara nel limite del 2,5% dell'investimento.

La riforma della finanza di progetto snellisce la realizzazione di lavori pubblici e/o di pubblica utilità, finanziati in tutto o in parte con capitali privati, privilegiando il valore della competitività

Nel comma 20 viene, in particolare, previsto che anche le camere di commercio, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici studi di fattibilità, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici, non presenti nella programmazione triennale, di cui al precedente art. 128.

A seguito della nuova normativa inerente la finanza di progetto, di cui all'anzidetto articolo 153, sono stati abrogati l'articolo 154 "Valutazione della proposta" e l'articolo 155 "Indizione della gara".

Articolo 175 ***Promotore***

Nel comma 2 le parole “di cui all’articolo 153, comma 2” sono sostituite dalle seguenti: “di cui all’articolo 153, comma 20”

A tale proposito si ricorda che tra i soggetti indicati nell’anzidetto art. 153, comma 20, figurano anche le Camere di Commercio, le quali possono, pertanto, presentare al Ministero delle infrastrutture proposte di intervento e studi di fattibilità relativi alla realizzazione di infrastrutture e di insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale, di cui all’art.1 della legge 21/12/ 01, n. 443, inserite nel programma previsto all’articolo 164, comma 1. La presentazione delle proposte non comporta per il Ministero alcun obbligo di esame e valutazione; lo stesso Ministero si riserva, infatti, la facoltà di inserire nella lista delle infrastrutture quelle ritenute di pubblico interesse.

PARTE QUARTA – CONTENZIOSO

Il decreto correttivo del codice degli appalti non apporta variazioni di rilievo agli articoli attinenti la parte del contenzioso. Tuttavia, si ritiene opportuno ricordare che, ai sensi di quanto disposto dall’articolo 3, commi 19-21, della legge 244/2007, l’istituto dell’arbitrato, di cui all’art. 241, non sarà più applicabile alle pubbliche amministrazioni, agli enti pubblici economici e alle società interamente possedute o partecipate da tali soggetti, a partire dalla data di entrata in vigore delle disposizioni sull’organizzazione degli uffici giudiziari, ai sensi dell’articolo 4 bis, comma 12, della legge 129/2008.

Articolo 253
Norme transitorie

Nel comma 1 quinquies viene previsto che la normativa attinente gli appalti di lavori pubblici, riportata nel comma 1 del successivo articolo 256 e concernente l'abrogazione di diverse disposizioni, rimane vigente sino all'entrata in vigore del regolamento attuativo del D. Lgs. n. 163/2006.

Si evidenzia, inoltre che, a seguito dell'inserimento del comma 15 bis, viene disposto, ai fini delle procedure di affidamento degli incarichi professionali di cui all'articolo 91 (progettazioni, collaudi), che, fino al 31 dicembre 2010, i soggetti interessati si possono qualificare documentando i requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico finanziaria con riferimento ai tre migliori anni del quinquennio precedente o ai cinque migliori anni del decennio precedente la pubblicazione del bando di gara.