CIRCOLARE 325/C/2011 – COMMENTO L.R. 12/2011, RECEPIMENTO CODICE CONTRATTI IN SICILIA

---

25 Ottobre 2011

Ragusa, 25 Ottobre 2011

Come ampiamente noto, sul Supplemento Ordinario della GURS n. 30 del 14 luglio u.s. è stata pubblicata la Legge Regionale 12/2011, recante "*Disciplina dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Recepimento del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e successive modifiche ed integrazioni e del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 e successive modifiche ed integrazioni. Disposizioni in materia di organizzazione dell'Amministrazione regionale. Norme in materia di assegnazioni di alloggi. Disposizioni per il ricovero di animali*", **entrata in vigore il 29 luglio 2011,** con la presente si desidera fornire agli Associati un quadro delle novità introdotte, commentando gli articoli di interesse.

Art. 1. Applicazione della normativa nazionale.

Rappresenta il principio ispiratore della legge e la novità più significativa. La norma dispone l'applicazione, dinamica, nel territorio della Regione, del Decreto Legislativo 163/2006 (Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) e del Decreto del Presidente della Repubblica 207/2010 (Regolamento di esecuzione del D.L.vo 163/2006).

Del Codice (*D.L.vo 163/2006*) non si applicano in Sicilia, in quanto aventi una disciplina, i seguenti articoli:

· art. **7** commi 8 e 9 (comunicazioni all'Osservatorio);

· art. **84** commi 1-4, 8-12 (commissione aggiudicatrice nel caso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa);

· art. **128** (programmazione dei lavori pubblici);

· art. **133** comma 8 (aggiornamento prezzari).

Del Regolamento (*DPR 207/2010*) non si applicano in Sicilia le parti riferibili ai precedenti articoli del Codice espressamente dichiarati non applicabili. La LR 12/2011, pur non indicandoli, modifica anche gli articoli 91 (procedure di affidamento), 108 (concorso di idee) e 109 (concorso in due gradi) del Codice.

Art. 4. Istituzione del Dipartimento regionale tecnico.

L'Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità è riorganizzato istituendo il Dipartimento regionale tecnico accanto al già presente Dipartimento regionale delle infrastrutture, della mobilità e dei trasporti. Sono articolazioni funzionali del nuovo dipartimento gli uffici provinciali del Genio civile e l'Ufficio regionale per l'espletamento di gare di appalto (Urega). Rimane in vita l'Ufficio speciale "Osservatorio regionale dei contratti pubblici" anche se è previsto che venga nuovamente istituito e regolamentato. Per quanto riguarda la raccolta di dati sugli appalti, il comma 6 introduce un obbligo, economicamente gravoso, per le stazioni appaltanti in tema di pubblicità, non previsto né dalla precedente normativa regionale né dal Codice. Si stabilisce, nello specifico, che le informazioni da comunicare al Dipartimento siano pubblicizzate a mezzo stampa.

Art. 7. Bandi tipo.

L'articolo prevede l'emanazione, con decreto dell'Assessore regionale alle infrastrutture, di bandi tipo che dovranno essere adottati per l'espletamento delle procedure aperte riguardanti l'affidamento di lavori, servizi o forniture. La prescrizione è di grande utilità perché permetterà di uniformare i modelli esistenti ed evitare clausole anomale generate dalla eccessiva discrezionalità delle stazioni appaltanti. Il responsabile del procedimento certificherà la corrispondenza del bando al bando-tipo di riferimento. Soltanto in casi eccezionali potranno essere inserite specifiche modifiche che dovranno, a pena di invalidità, essere evidenziate e giustificate in sede di approvazione del bando.

L'articolo dispone inoltre che siano contenute nel bando-tipo due clausole, la prima relativa all' incremento della cauzione definitiva in caso di ribassi elevati, e la seconda relativa al caso di affidamento a contraente generale.

1. Rispetto a quanto prescritto dall' art.113 del Codice (cauzione definitiva) si prevede che, nel caso di ribassi superiori al 10%, la metà della cauzione definitiva in aumento sia costituita con fideiussione bancaria o con contanti o titoli.

Per esempio: in caso di una aggiudicazione con ribasso del 25%, l'art. 113 del Codice stabilisce che, oltre alla cauzione standard del 10%, si dovrà costituire una cauzione aggiuntiva di un ulteriore 20% (***10 punti per coprire il ribasso dall'11 al 20 e 10 punti, il doppio, per coprire il ribasso da 21 a 25***). In virtù dell'art.7 della L.R. 12/2011, **questo 20%, in Sicilia, dovrà essere garantito per la metà con fideiussione bancaria, contanti o titoli**.

2. Per quanto riguarda la clausola relativa al caso di affidamento al contraente generale (art. 176 del Codice), si prevede che questo depositi presso l'ente appaltante, prima della consegna dei lavori, i contratti di affidamento eventualmente stipulati con soggetti terzi. Lo stesso ente appaltante dovrà provvedere al pagamento diretto dei terzi affidatari, salvo il contraente generale eccepisca delle ragioni ostative riguardanti inadempimenti. Ciò eviterà che il contraente generale possa introdurre dilazioni ai pagamenti sfruttando il suo rapporto di forza nei confronti del terzo affidatario.

Al comma 3 l'articolo dispone infine che, sempre con decreto dell'Assessore regionale alle infrastrutture, venga emanato il capitolato generale di appalto.

Art. 8. Commissione aggiudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per appalti di servizi o forniture ovvero di lavori per importi inferiori a € 1.250.000.

Nel caso di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV) la norma prevede che l'aggiudicazione è demandata ad una specifica Commissione giudicatrice ripetendo quanto prescritto dall'art.84 del Codice di cui si applicano solo i commi 5, 6 e 7. La peculiarità rispetto alla normativa nazionale riguarda la scelta dei componenti: uno deve essere esperto in materie giuridiche e i commissari diversi dal presidente devono essere individuati mediante sorteggio pubblico tra gli iscritti ad uno specifico albo di esperti istituito, entro il 31 dicembre 2011, presso l'Assessorato infrastrutture (come previsto al comma 7). Queste condizioni aggiuntive sono volte a assicurare l'imparzialità del giudizio e a garantire maggiore credibilità al criterio dell' OEPV. Gli appalti di lavori superiori a euro 1.250.000 sono esclusi dal presente articolo in quanto l'espletamento della gara è demandato all'Urega.

Art. 9. Ufficio regionale per l'espletamento di gare per l'appalto di lavori (Urega).

Tra le novità più importanti, si rileva la competenza di tale ufficio per l'espletamento delle procedure in materia di finanza di progetto e delle gare con l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, in aggiunta, l'adozione, a conclusione delle operazioni di gara, del provvedimento provvisorio di aggiudicazione (a differenza della disciplina previgente in cui veniva formulata la "proposta di aggiudicazione provvisoria").

Art. 10. Prezzario regionale e aggiornamento prezzi.

La norma dispone che con Decreto del Presidente della Regione, previa deliberazione della Giunta e su proposta dell'Assessore per le infrastrutture, saranno fissati i criteri generali per la formazione del prezzario unico regionale, il quale è adottato con decreto dell'Assessore e deve essere aggiornato ogni ventiquattro mesi. Rimane confermata la deroga all'aggiornamento dei progetti in caso di parere motivato negativo del RUP fondato sull'assenza di significative variazioni economiche.

Art. 12. Albo unico regionale.

E' istituito presso l'Assessorato per le infrastrutture un albo unico regionale in cui sono iscritti i professionisti ai quali affidare gli incarichi di importo non superiore ad euro 100.000, di cui all'Allegato II A categoria 12 del Codice (servizi attinenti all'architettura, all'ingegneria, all'urbanistica e alla paesaggistica e servizi affini e di sperimentazione). E' un albo a cui devono fare riferimento tutti gli enti e la cui istituzione è volta a garantire una maggiore trasparenza della procedura di affidamento. E' aggiornato con cadenza almeno semestrale. Si aggiunge all'albo, previsto dal comma 7 dell'art. 8, relativo agli esperti da sorteggiare per la costituzione delle Commissioni esaminatrici in caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Art. 14. Concorsi di idee.

L'obbiettivo è valorizzare la procedura del concorso di idee, come auspicato dagli ordini professionali, utilizzandola per affidare gli incarichi di progettazione.

Art. 19. Criteri di aggiudicazione.

E' l'articolo su cui si è concentrato con maggiore attenzione il legislatore con l'obiettivo di trovare una disciplina, compatibilmente con quanto prescritto dalla normativa europea, per contrastare il crescente fenomeno dei maxi-ribassi ed i conseguenti effetti distorsivi sul mercato. Gli interventi previsti riguardano tre diverse fattispecie: l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale e la previsione di un utile minimo nella verifica dell'anomalia.

La legge favorisce il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV) solo per gli appalti di lavori d'importo superiore alla soglia comunitaria (€ 4.845.000), fermo restando che le stazioni appaltanti hanno comunque la facoltà di ricorrere al criterio del prezzo più basso qualora tale scelta sia più conveniente sotto il profilo della qualità e del prezzo (commi 2 e 3). Nella sostanza quindi rimane confermata la discrezionalità dell'amministrazione appaltante prevista dall'art. 81 del Codice. Per quanto riguarda la ripartizione dei punteggi, sempre nell'ipotesi di OEPV, il comma 2 prescrive che debbano essere assegnati 60 punti all'offerta tecnica, 30 alla economica e 10 ai tempi di realizzazione e che una parte del punteggio tecnico debba essere attribuito in relazione al costo del lavoro ed alla previsione dell'utile d'impresa. Almeno per quanto riguarda il costo del lavoro, la norma è in contrasto con il nuovo comma 3-bis dell'articolo 81 del Codice, introdotto dalla Legge di conversione del DL 70/2011, il quale esclude il costo del personale dalla valutazione dell'offerta migliore in analogia con quanto già previsto per gli oneri di sicurezza. Il comma 4 stabilisce infine, ribadendo quanto già indicato dalla normativa nazionale (art. 266 del Regolamento), che per gli appalti di servizi attinenti all'architettura, all'ingegneria, all'urbanistica e alla paesaggistica, il criterio di aggiudicazione da applicare è esclusivamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

I commi 5 e 6 riportano l'intervento più atteso: l'estensione ai contratti di lavori d'importo inferiore alla soglia comunitaria (€ 4.845.000) della facoltà per le stazioni appaltanti di utilizzare il sistema dell'esclusione automatica delle offerte anomale, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e l'appalto non ha natura "transfrontaliera". Per garantire tale facoltà, rispettando i principi sanciti dalla Corte di Giustizia U.E. (sentenze 147/06 e 148/06), il legislatore ha stabilito che gli appalti hanno carattere "transfrontaliero" quando sono di valore superiore alla soglia comunitaria o se di valore inferiore quando siano ammesse, in percentuale pari o superiore al 5%, imprese aventi sede in nazioni dell'Unione europea diverse dall'Italia. La facoltà di esclusione automatica non è comunque esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a 10. Quest'articolo è innovativo rispetto a quanto previsto dal Codice che, al comma 20-bis dell'art.253, stabilisce la facoltà di prevedere l'esclusione automatica per le gare d'importo inferiore alla soglia comunitaria, ma solo in via transitoria fino al 31 dicembre 2013. **Il legislatore siciliano è stato più coraggioso e non ha posto alcun limite temporale a questa facoltà, il cui utilizzo si è rivelato di estrema utilità nel limitare le offerte eccessivamente aggressive**.

Il comma 7 infine riguarda il procedimento di verifica delle offerte anomale ed introduce il concetto di utile minimo: una percentuale di utile d'impresa inferiore al 4% può essere ammessa a giustificazione, comunque rimessa alla valutazione della stazione appaltante, soltanto se il concorrente attesti di non essere aggiudicatario per l'esecuzione di altri lavori pubblici o privati.

Art. 23. Norme per l'accelerazione dei procedimenti di finanza di progetto.

Al fine di accelerare l'esecuzione delle opere in project financing, è disposto che le relative procedure in corso di esecuzione o aggiudicate, anche in via provvisoria, prescindono dal parere della Commissione regionale per i lavori pubblici di cui all'art. 5 L.R. 7/02, qualora non reso alla data di entrata in vigore della legge.

Art. 31 Norme transitorie

Onde evitare che le rilevanti novità introdotte dalla presente legge possano bloccare le attività già avviate dalle stazioni appaltanti, il legislatore ha previsto un ampio periodo transitorio per la loro applicazione. Gli appalti di lavori, servizi e forniture i cui bandi siano pubblicati (all'albo pretorio, come chiarito dalla Circolare dell'Assessorato alle Infrastrutture del 13 luglio 2011) entro il 31 dicembre 2011, possono essere affidati ed eseguiti sulla base della normativa previgente, fermo restando l'obbligo del loro adeguamento alle previsioni di cui agli articoli 4, 5, 6 e 7 (pareri tecnici, programmazione, bandi tipo).

Di particolare rilevanza è infine il comma 2 il cui obiettivo è accelerare le procedure di spesa dei fondi comunitari e incentivare il mercato dei lavori pubblici, eliminandone il principale ostacolo: la mancanza di progetti. La disposizione prevede infatti che a decorrere dall'entrata in vigore del Regolamento, avvenuto l'8 giugno 2011, possono essere inseriti nei programmi regionali di spesa, quale che ne sia la fonte

finanziaria, lavori dotati del livello di progettazione minima prevista dallo stesso Regolamento (progetto preliminare).
***
In conclusione, appare opportuno segnalare, che il recepimento della normativa nazionale comporta l'applicazione, anche in Sicilia, della procedura negoziata di scelta del contraente. Quest'ultima, in seguito alle recenti modifiche apportate dal DL 70/2011 al comma 7 dell'art. 122 del Codice, è permessa, senza previa pubblicazione del bando, per gli appalti di lavori di importo inferiore ad 1 milione di Euro.
Sperando di essere stati utili, la Direzione della scrivente, come sempre, è a Vostra disposizione per ulteriori ragguagli.
Distinti Saluti

5236-LR 12_2011-Recepimento Codice Appalti.pdfApri

5236-Circolare 325 c 2011.pdfApri