

Dietrofront sulle gare per gli incarichi di progettazione Costo del lavoro nelle offerte

Il Dl 201/2011 ha cancellato l'innalzamento da 100mila a 193mila euro per il ricorso della procedura negoziata per affidare gli incarichi di progettazione introdotto dalla legge 180/2011 meno di un mese fa. Sopra i 100mila torna quindi l'obbligo di gara.

DI ROBERTO MANGANI

Oltre che con le nuove disposizioni in materia di infrastrutture strategiche e project financing, il decreto legge 201/2011 interviene anche nella materia più generale degli appalti pubblici, attraverso alcune modifiche e innovazioni al Dlgs 163/2006, contenute principalmente all'articolo 44.

Centrali di committenza

Una prima novità è contenuta in realtà nell'articolo 23, comma 4, in quanto ricompresa nelle misure dirette alla riduzione dei costi. Attraverso l'introduzione di un comma 3-bis all'articolo 33 del Dlgs 163 viene sancito un vero e proprio obbligo per i Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti di servirsi di un'unica centrale di committenza per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture. A tal fine possono ricorrere sia allo strumento dell'unione dei Comuni, previsto dall'articolo 32 del Testo unico degli enti locali, sia a un apposito accordo consortile.

Questo obbligo non ha tuttavia applicazione immediata, essendo stabilito che riguardi tutti gli affidamenti da effettuare a decorrere dal 1° aprile

Testo a pagina 20

2012.

Costo del lavoro

Venendo alle novità contenute nell'articolo 44, la prima riguarda l'abrogazione della disposizione – che era stata introdotta dal Dl

**Eliminato anche
l'obbligo di valutare
le offerte al netto
delle spese per
il personale introdotto
dal Dl 70/2011**

70/2011 (c.d. decreto sviluppo) – secondo cui l'offerta migliore doveva essere determinata al netto delle spese relative al costo del personale. In realtà la norma – introdotta attraverso l'inserimento del comma 3-bis del-

l'articolo 81, che viene appunto abrogato – si era rivelata fin da subito di difficile applicazione. Non era chiaro, infatti, attraverso quale meccanismo si dovessero sterilizzare nell'ambito dell'offerta le spese relative al costo del personale, giacché queste rappresentano un costo interno di cui l'impresa concorrente tiene conto, insieme evidentemente alle altre componenti, per definire l'entità della sua offerta.

Opportunamente il Dl 201/2011 elimina quest'obbligo. Viene peraltro ribadito, attraverso il richiamo a norme già contenute nel Dlgs 163, che l'incidenza del costo del lavoro nella misura minima garantita dai contratti vigenti e dalle misure in materia di sicurezza viene comunque assicurata dalle disposizioni che: a) impongono alle stazioni appaltanti di valutare che il valore economico dell'importo a base d'asta e dell'offerta sia adeguato rispetto al costo del lavoro e al costo della sicurezza; b) stabiliscono che il costo relativo alla sicurezza non può essere soggetto a ribasso d'asta; c) prevedono che in sede di verifica dell'anomalia non sono ammesse giustificazioni in relazione ai trattamenti salariali minimi

Le varianti

Precisazioni di ordine meramente temporale riguardano invece le innovazioni in tema di varianti introdotte dal Dl 70/2011. La prima innovazione riguardava le varianti da apportare nell'esclusivo interesse dell'amministrazione – disciplinate dall'articolo 132, comma 3, del Dlgs 163 – finalizzate al miglioramento dell'opera, sempreché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili. L'importo in aumento di tali varianti non può superare il 5% dell'importo originario del contratto e deve comunque trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera; il Dl 70/2011 ha stabilito che tale somma vada calcolata al netto del 50% dei ribassi d'asta conseguiti.

La seconda novità in tema di varianti riguardava le infrastrutture strategiche. In base all'articolo 169, comma 3, del Dlgs 163, le varianti da apportare al progetto definitivo approvato dal Cipe in sede di redazione del progetto definitivo o in fase di realizzazione sono approvate esclusivamente dal soggetto aggiudicatore – senza necessità di un nuovo passaggio al Cipe – ove non comportino una diversa localizzazione o sostanziali modificazioni rispetto al progetto approvato e non richiedano l'attribuzione di nuovi finanziamenti. Il Dl 70/2011 ha aggiunto, oltre a queste condizioni, che le varianti non devono comportare l'utilizzo di una quota superiore al 50% dei ribassi d'asta conseguiti.

Il Dl 201/2011 delimita l'applicazione temporale delle due novità introdotte dal Dl 70/2011, stabilendo che esse riguardano solo i contratti stipulati successivamente alla data di entrata in vigore di quest'ultimo, cioè dopo il 14 maggio 2011. Per i contratti stipulati anteriormente, quindi, la disciplina sulle varianti non incontra le condizioni ulteriormente restrittive introdotte dal Dl

SCORRIMENTO CON APPLICAZIONE PIÙ ESTESA

Il comma 6 dell'articolo 44 del Dl 201/2011 amplia le ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere al cosiddetto scorrimento. Si tratta del meccanismo disciplinato dall'articolo 140 del Dlgs 163/2006 secondo cui, in caso di interruzione del rapporto contrattuale con l'originario aggiudicatario, la stazione appaltante, invece che procedere all'indizione di una nuova gara per il completamento del contratto, può interpellare in successione i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara e che si sono classificati in graduatoria a partire dal secondo fino al sesto. Ciò al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori.

Nella versione originaria della norma questa possibilità era consentita solo nel caso di fallimento o di risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'appaltatore. Il Dl 70/2011 aveva poi esteso il meccanismo anche alle ipotesi di risoluzione del contratto ai sensi degli articoli 135 e 136 del Dlgs 163, cioè per determinati reati accertati (frode nei confronti della stazione appaltante e violazione degli obblighi sulla sicurezza del lavoro) e per l'intervenuta decadenza dell'attestazione Soa, nonché per grave irregolarità e grave ritardo nell'esecuzione dei lavori.

Il Dl 201/2011 amplia ulteriormente l'ambito di applicazione dell'istituto dello scorrimento, inserendo ulteriori ipotesi in cui la stazione appaltante può procedere con l'interpello. Da un lato, accanto al fallimento vengono aggiunte le situazioni di liquidazione coatta e di concordato preventivo in cui si venga a trovare l'appaltatore. Dall'altro, il subentro è ammesso anche nel caso in cui la stazione appaltante abbia esercitato nei confronti dell'originario appaltatore il potere di recesso a seguito della informazione prefettizia che evidenzia elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa, ai sensi di quanto previsto dagli articoli 10 e 11 del DPR 252/98.

Va sottolineato che i casi previsti dall'articolo 140 devono considerarsi tassativi, trattandosi di una norma derogatoria delle regole ordinarie che impongono la gara per la conclusione di contratti pubblici, come tale non suscettibile di interpretazione analogica.

70/2011.

La progettazione

Il comma 5 dell'articolo 44 elimina la novità recentemente introdotta dall'articolo 12 della legge 180/2011 (c.d. statuto delle imprese) in materia di affidamento degli incarichi di progettazione, nonché degli incarichi di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione, di direzione lavori e di collaudo. Tale innovazione prevedeva che la soglia per l'affidamento di questa tipologia di incarichi tramite una procedura negoziata a inviti – da svolgere invitando almeno cinque soggetti e nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza – venisse innal-

zata da 100.000 euro all'importo corrispondente alle soglie comunitarie (a oggi pari a 125.000 euro o 193.000 euro a seconda della natura dell'ente committente).

Questo innalzamento viene eliminato dal Dl 201/2011. Di conseguenza la soglia per ricorrere all'affidamento tramite procedura negoziata semplificata è riportata a 100.000 euro, mentre sopra tale importo riprendono vigore le regole canoniche che prevedono lo svolgimento di una procedura di gara di tipo tradizionale anche per gli incarichi sottosoglia.

In sostanza viene ripristinata la situazione previgente che, nell'ambito degli incarichi di importo inferiore alla soglia comunitaria, prevede una prima fascia di incarichi, compresa tra 100.000 euro e la soglia

comunitaria, per i quali trovano applicazione le regole che impongono il ricorso alle ordinarie procedure di gara; e una seconda fascia di incarichi, fino a 100.000 euro, per i quali è consentito l'affidamento tramite procedura negoziata.

I lotti funzionali

Il concetto di lotto funzionale trova la sua consacrazione nell'ambito dei principi generali che presiedono all'affidamento e all'esecuzione dei contratti pubblici. Attraverso l'inserimento del comma 1-bis all'articolo 2 del Dlgs 163 – operato dall'articolo 44, comma 7 del Dl 201/2011 – viene infatti stabilito che, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese nel mercato dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti devono suddividere gli appalti in lotti funzionali, purché ciò sia possibile ed economicamente conveniente e comunque nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici.

Quest'ultimo riferimento, in particolare, sembra volersi riferire al divieto di frazionamento artificioso degli appalti – peraltro riprodotto all'articolo 29, comma 4, del Dlgs 163 – che ricorre nell'ipotesi di suddivisione di un appalto di maggiori dimensioni in più appalti di minori dimensioni che non trova alcuna giustificazione economica e funzionale, ma ha l'unico scopo di sottrarre l'affidamento alle regole più rigorose che sarebbero state applicate se la suddivisione non vi fosse stata.

L'obbligo imposto alle stazioni appaltanti di suddividere l'appalto in più lotti funzionali è comunque sottoposto ad alcune condizioni indicate dallo stesso legislatore, il cui rispetto sta proprio a evidenziare che non siamo di fronte a un'ipotesi di frazionamento artificioso, come tale vietato dalle norme comunitarie e nazionali. Le condizioni sono sostanzialmente tre. La prima attiene alla materiale possibilità di operare la suddivisione in lotti, il che sembra far riferimento alla fattibilità dell'operazione da un punto di vista

strettamente tecnico. La seconda condizione è che la suddivisione sia economicamente conveniente, cioè che, almeno secondo una previsione ragionevole, si possano ottenere risparmi maggiori rispetto all'ipotesi di appalto unitario. Condizione il cui accertamento appare peraltro estremamente difficoltoso, essendo tutt'altro che agevole stabilire a priori se sia più conveniente far luogo a un affidamento unitario o a più affidamenti separati.

La terza condizione è insita nello stesso concetto di lotto funzionale. La suddivisione in più lotti deve comunque garantire che il singolo lotto oggetto di affidamento separato abbia di per sé una sua funzionalità, cioè consenta una utilizzazione compiuta. Non è invece possibile procedere alla suddivisione in lotti quando le singole parti del lavoro, del servizio o della fornitura siano inserite nell'ambito di una prestazione complessiva che può assumere valore e utilità solo se unitariamente considerata.

Va rilevato che la norma si sovrappone – e, si deve ritenere, sostituisce – a una disposizione analoga, anche se non coincidente, recentemente introdotta dalla legge 180/2011 (Statuto delle imprese), che peraltro non conteneva un riferimento esplicito alla nozione di lotto funzionale.

Sempre nell'ottica di favorire le piccole e medie imprese viene inserito un ulteriore comma 1-ter all'articolo 2 del Dlgs 163. Esso contiene una previsione in realtà generica che vuole garantire il coinvolgimento di tali imprese nella realizzazione delle grandi infrastrutture, nonché delle connesse opere integrative o compensative. Si tratta più che altro di un'affermazione di principio, non essendo specificato attraverso quali modalità tale coinvolgimento debba essere assicurato, il che lascia ai singoli enti committenti l'onere della relativa individuazione.

La consultazione preliminare Attraverso l'inserimento del-

l'articolo 112-bis al Dlgs 163 – operato dal comma 8 dell'articolo 44 – viene introdotta il nuovo istituto della consultazione preliminare – applicabile solo alle gare bandite dopo il 6 dicembre 2011 – sul progetto posto a base di gara, che viene peraltro limitata ai lavori di importo a base di gara superiore a 20 milioni di euro affidati tramite procedura ristretta. Viene esplicitamente previsto che tale istituto trovi applicazione anche nei settori speciali.

La norma appare alquanto generica, limitandosi a stabilire che in sede di consultazione deve essere garantito il contraddittorio tra le parti. Non viene invece dettata alcuna prescrizione specifica né in merito alle modalità di svolgimento, né relativamente all'individuazione dei soggetti che devono partecipare alla consultazione, che si deve ritenere debbano comprendere il/i progettista/i e i concorrenti che hanno chiesto di essere invitati alla procedura. Ma soprattutto manca qualunque indicazione normativa sui possibili effetti di tale consultazione, cosicché quest'ultima rischia di risolversi in un ulteriore appesantimento procedurale da cui non deriva alcuna conseguenza concreta. In alternativa, si potrebbe ipotizzare che dagli esiti di questa consultazione la stazione appaltante possa trarre elementi per eventuali modifiche del progetto, il che presuppone tuttavia che la consultazione si svolga dopo le richieste di invito ma prima dell'invio delle lettere di invito.

Le opere di urbanizzazione

L'articolo 45, comma 1, attraverso una riscrittura dell'articolo 16 del Dpr 380/2001, stabilisce che la realizzazione delle opere di urbanizzazione di importo inferiore alla soglia comunitaria sia sottratta alle regole del Dlgs 163. Viene quindi meno l'obbligo di selezionare l'esecutore di tali opere attraverso una procedura negoziata a inviti, fino a oggi previsto dall'articolo 122, comma 7 del Dlgs 163.