

Dall'esclusione allo scorrimento, le risposte ai dubbi più frequenti

INDICE

Cause di esclusione	26
Contenzioso	26
Esclusione automatica	27
Interventi strategici	27
Opere compensative	27
Procedura negoziata	27
Scorrimento	28
Via	28

CAUSE DI ESCLUSIONE

È sufficiente chiedere alle imprese in gara il possesso di tutti i requisiti generali di cui all'articolo 38?

No. La Legge di conversione al decreto sviluppo ha ripristinato la vecchia formulazione dell'articolo 38 lettera l).

La lettera l) richiede che le imprese presentino la certificazione di cui alla legge 68/1999 e, di conseguenza, non è sufficiente una sola dichiarazione relativa all'articolo 38 in generale, ma è necessario che, oltre a questa generica dichiarazione, le imprese presentino un'apposita autocertificazione che attesti la regolarità del loro rapporto con la legge sui disabili.

Con la nuova versione dell'articolo 38 l'amministrazione che rilevasse, in fase di verifica, in capo a un legale rappresentante di una impresa aggiudicataria, una condanna passata in giudicato non dichiarata in gara, è legittimata a valutare la gravità di tale reato?

No. Il comma 2 dell'articolo 38 impone oggi ai legali rappresentanti delle imprese di dichiarare tutte le condanne passate in giudicato, indipendentemente dalla loro gravità.

Di conseguenza la mancata dichiarazione comporterebbe una falsa dichiarazione e autonomo motivo di esclusione immediata dell'operatore economico dalla gara d'appalto.

CONTENZIOSO

Quali sono gli oneri aggiuntivi introdotti dal

decreto sviluppo e dal decreto di stabilizzazione finanziaria per i casi di ricorsi nel settore degli appalti pubblici?

In primo luogo, il Dl 98/2011, convertito con legge 111/2011, in vigore dal 6 luglio 2011, ha raddoppiato da euro 2000 a euro 4000 il contributo unificato relativo alle controversie nella materia degli appalti pubblici. Tale contributo, peraltro, deve essere versato non solo in occasione del deposito del ricorso principale, ma anche in caso di ricorsi incidentali e di ricorsi per motivi aggiunti con cui si introducono nuove domande.

Inoltre, il Dl 70/2011, convertito con legge 106/2011, ha introdotto l'art. 246-bis nel codice appalti, ai sensi del quale, nei giudizi in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, il giudice può condannare, anche d'ufficio, la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria di importo compreso tra il doppio e il quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio quando la decisione è fondata su ragioni manifeste od orientamenti giurisprudenziali consolidati.

Quali sono le modifiche più significative apportate dal decreto sviluppo all'istituto dell'accordo bonario disciplinato dall'articolo 240 del codice appalti?

Tra gli emendamenti apportati all'articolo 240 del codice appalti dal decreto sviluppo, si segnala l'espressa esclusione dall'ambito di applicazione dello stesso dei contratti di cui alla parte II, titolo III, parte IV, del codice appalti affidati a un contraente generale; l'introduzione di un termine (pari a trenta giorni) entro cui il responsabile del procedimento deve procedere alla costituzione della commissione che, negli appalti e concessioni di importo pari o superiore a 10 milioni di euro, deve formulare la proposta di accordo bonario; la fissazione di un tetto massimo per i compensi della suddetta commissione fissato nell'importo di 65mila euro, con rivalutazione triennale.

Tuttavia, l'innovazione più significativa concerne, per così dire a monte, la stessa possibilità di ricorrere all'accordo bonario, legata alla possibilità per l'appaltatore di iscrivere riserve nei documenti contabili. Infatti, il decreto sviluppo, integrando il disposto dell'art. 240-bis del codice appalti, ha limitato la possibilità per l'appaltatore di iscrivere riserve nei documenti

contabili, ponendo un tetto massimo alle stesse pari al 20% dell'importo contrattuale dell'opera e vietando di farvi ricorso con riferimento agli aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica ai sensi dell'articolo 112 del codice appalti e del relativo regolamento attuativo (*id est* Dpr 207/2010).

ESCLUSIONE AUTOMATICA

A seguito dell'entrata in vigore delle nuove norme è obbligatorio procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale sottosoglia?

No. Il meccanismo di esclusione automatica resta sempre una mera facoltà il cui concreto esercizio è rimesso alla valutazione discrezionale dell'ente appaltante. La modifica introdotta dalla nuova normativa consiste nell'innalzamento della soglia entro la quale è possibile procedere all'esclusione automatica, che viene portata da un milione di euro (per i lavori) e 100.000 euro (per le forniture e i servizi) alla soglia comunitaria.

INTERVENTI STRATEGICI

Quali sono le novità a livello di contenuti per i progetti preliminari delle opere strategiche?

La novella, pur mantenendo il rinvio contenutistico all'allegato tecnico XXI al Dlgs 163/2006 e l'obbligo di evidenziare, con apposito adeguato elaborato cartografico, le aree impegnate, le relative eventuali fasce di rispetto e le occorrenti misure di salvaguardia, nonché le caratteristiche prestazionali, le specifiche funzionali e i limiti di spesa dell'infrastruttura da realizzare, prevede:

1. un minore limite di spesa per le eventuali opere e misure compensative dell'impatto territoriale e sociale (la spesa non può infatti superare il 2% dell'intero costo dell'opera, a fronte del precedente limite del 5%). In tale percentuale ora devono rientrare anche gli oneri di mitigazione di impatto ambientale individuati nell'ambito della procedura di Via (cfr. nuovo comma 3 dell'articolo 165, mentre la norma previgente escludeva espressamente dal limite di spesa gli oneri individuati in sede di Via);

2. una stretta correlazione alla funzionalità dell'opera per gli interventi e le misure compensative (articolo 165, comma 3) nonché per le varianti alla localizzazione (articolo 167, comma 7-bis).

In cosa consistono le deroghe al Dpr 327/2001 introdotte in favore delle opere strategiche?

La durata del vincolo preordinato all'esproprio per le infrastrutture e insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale passa a 7 anni, decorrenti dalla data in cui diventa efficace la delibe-

ra del Cipe che approva il progetto preliminare. In caso di mancata approvazione del progetto definitivo nel predetto termine, il vincolo preordinato all'esproprio decade e si applica l'articolo 9 del Dpr 380/2001.

È comunque possibile reiterare il vincolo preordinato all'esproprio con deliberazione motivata del Cipe, su proposta del Ministero, previa istanza del soggetto aggiudicatore. La reiterazione del vincolo è disposta secondo quanto previsto per l'approvazione del progetto preliminare.

Il Cipe può disporre anche la proroga del termine per l'emanazione del decreto di esproprio (7 anni a decorrenza dall'efficacia della delibera di approvazione del progetto definitivo) in caso di forza maggiore o per altre giustificate ragioni, ma in ogni caso tale proroga non può superare i 2 anni.

OPERE COMPENSATIVE

Quali sono i limiti entro cui un'opera può definirsi "compensativa"?

Non vi è una definizione normativa e, quindi, sul piano pratico può non risultare facile determinare la linea di demarcazione tra opere propriamente compensative e opere in generale connesse all'intervento principale. In teoria l'opera compensativa è quella che mira a "risarcire" in forma specifica il territorio e la collettività considerata per il sacrificio che viene loro imposto come effetto diretto della realizzazione dell'intervento. Un esempio potrebbe essere rappresentato dalla realizzazione di un tracciato autostradale che attraversa un'area attualmente destinata a centro sportivo. La compensazione può essere costituita dalla ricostruzione del centro sportivo in altra area idonea, a servizio della medesima collettività. Oggi il decreto sviluppo precisa che deve trattarsi di interventi strettamente correlati alla funzionalità dell'opera quindi, per tornare all'esempio, non sarebbe ammissibile che la collettività richiedesse invece come opera compensativa, ad esempio, la realizzazione di un ponte del quale si ha necessità ma che nulla abbia a che vedere con l'effetto provocato sul territorio dalla realizzazione dell'autostrada.

PROCEDURA NEGOZIATA

Quali sono le novità in materia di procedura negoziata?

In primo luogo, viene eliminato il limite di importo di un milione di euro che era stabilito per il ricorso alla procedura negoziata preceduta da bando nel caso di precedente gara con offerte irregolari o inammissibili e alla procedura negoziata senza preventiva pubblicità nel caso di precedente gara deserta.

Di maggiore impatto è l'innalzamento del limite di importo per il ricorso alla procedura negoziata da 500.000 a un milione di euro, introdotto attraverso una riscrittura del comma 7 dell'articolo 122 e contestuale abrogazione del comma 7-bis.

Viene peraltro confermato che l'affidamento deve avvenire nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6, che impone l'individuazione dei soggetti da invitare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione desunte dal mercato e l'invio simultaneo delle lettere di invito contenenti gli elementi essenziali della prestazione richiesta. Il numero minimo dei soggetti da invitare varia peraltro a seconda dell'importo del contratto: fino a 500.000 euro è pari a cinque, tra 500.000 e un milione di euro è pari a 10.

SCORRIMENTO

Come viene modificato il meccanismo del cosiddetto scorrimento?

La prima innovazione consiste nell'eliminazione della previsione che subordinava la possibilità di ricorrere a questo sistema alla circostanza che tale possibilità fosse stata prevista dalla stazione appaltante nel bando di gara. Ciò significa che l'istituto diviene di applicazione generalizzata, a prescindere quindi da qualunque esplicito richiamo contenuto nel bando di gara.

La seconda innovazione riguarda il presupposto che consente di attivare il meccanismo dello scorrimento. Accanto al fallimento dell'originario esecutore, viene infatti diversamente qualificata l'altra ipotesi della risoluzione del contratto. Essa non deve essere necessariamente dovuta al grave inadempimento dell'originario appaltatore ma può derivare anche da altre cause. In particolare, la risoluzione può essere dovuta a una qualunque delle circostanze indicate agli articoli 135 e 136, e cioè l'applicazione di una misura antimafia, l'accertamento di determinati reati con sentenza passata in giudicato (frode nei confronti della stazione appaltante o di subappaltatori, fornitori e lavoratori, reati per violazione degli obblighi relativi alla sicurezza sul lavoro), la decadenza dell'attestazione Soa, il grave inadempimento in sede di esecuzione del contratto, la grave irregolarità e il grave ritardo.

VIA

Se non fosse possibile contenere le richieste della Commissione Via entro il tetto stabilito dal decreto, l'intervento potrebbe ugualmente essere realizzato?

Gli interventi assoggettati a Via non possono esse-

re realizzati se non con il parere positivo dell'autorità competente. Conseguentemente, se le misure di mitigazione considerate dall'autorità competente indispensabili per rendere tollerabile l'impatto ambientale dell'intervento fossero di importo superiore ai limiti previsti per legge, dovrebbe in teoria essere preferita l'alternativa zero, ovvero la non realizzazione dell'opera.