

ANCE

Lavori Pubblici, tutte le novità dello Sblocca Italia

13/11/2014

È stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 262 del 11 Novembre 2014, entrando in vigore il giorno successivo a quello di pubblicazione (ossia il 12 novembre), la Legge 11 novembre 2014, n. 164, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, recante *“Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive”* (cfr. news della Direzione Opere Pubbliche ID 17583 del 18 settembre u.s.).

Le principali novità introdotte in sede di conversione, in materia di lavori pubblici, sono le seguenti.

Art. 5 - Norme in materia di concessioni autostradali

La disposizione in commento introduce importanti novità in materia di concessioni autostradali.

Rispetto al testo originario del DL *“Sblocca Italia”*, viene confermata la possibilità, per i concessionari di tratte autostradali nazionali, entro il 31 dicembre 2014, di proporre modifiche del rapporto concessorio in essere, al fine di assicurare gli investimenti necessari per gli interventi di potenziamento, adeguamento strutturale, tecnologico ed ambientale delle infrastrutture autostradali nazionali, nel rispetto dei parametri di sicurezza più avanzati prescritti da disposizioni dell'Unione europea, nonché per assicurare un servizio reso sulla base di tariffe e condizioni di accesso più favorevoli per gli utenti. Tali modifiche devono, però, più in generale essere finalizzate a procedure di aggiornamento o revisione, anche mediante l'unificazione di tratte interconnesse, contigue, ovvero tra loro complementari, ai fini della loro gestione unitaria.

Viene, inoltre, introdotta la necessità di sottoporre al Ministro delle Infrastrutture e dei trasporti le modifiche del rapporto concessorio in essere.

Sempre entro il 31 dicembre 2014, il concessionario è tenuto a predisporre un nuovo piano economico finanziario, che deve essere corredato anche da idonee garanzie e asseverazione da parte dei soggetti autorizzati, per la stipulazione di un atto aggiuntivo o di un'apposita convenzione unitaria, che devono intervenire entro il 31 agosto 2015.

Il nuovo testo prevede, inoltre, che l'affidamento dei lavori, nonché delle forniture e dei servizi, ulteriori rispetto a quelli previsti dalle vigenti convenzioni, avviene nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica disciplinate dal d.lgs. n. 163/2006. Ai relativi affidamenti si applica l'art. 11, comma 5, lett. f), della legge 23 dicembre 1992, n. 498.

Si ricorda che tale ultima disposizione stabilisce che, nelle ipotesi in cui occorre provvedere, come nel caso di concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, agli affidamenti a terzi di lavori (nel rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 142, comma 4, e 253, comma 25, del codice di cui al d.lgs. n. 163/2006) oppure nelle ipotesi in cui occorre sottoporre gli schemi dei bandi di gara delle procedure di aggiudicazione all'approvazione di ANAS Spa, le commissioni di gara per l'aggiudicazione dei contratti devono essere nominate dal Ministro delle Infrastrutture.

Osservazioni

La nuova formulazione della norma in commento si riferisce a tutte le concessioni autostradali nazionali, prevedendo la possibilità di apportare modifiche ai rapporti concessori in essere finalizzate a procedure di aggiornamento o revisione, anche mediante l'unificazione di quelle interconnesse, contigue ovvero tra loro complementari.

Tale operazione, tuttavia, sottrae, di fatto, il nuovo rapporto concessorio all'obbligo di affidamento con gara, con

pregiudizio dei principi comunitari e nazionali in materia di procedure ad evidenza pubblica.

Il nuovo testo, come riformulato nell'iter di conversione del decreto, prevede espressamente che l'affidamento dei lavori, nonché delle forniture e dei servizi, ulteriori rispetto a quelli previsti dalle vigenti convenzioni, deve avvenire nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica disciplinate dal d.lgs. n. 163/2006.

Inoltre, è previsto che le commissioni di gara debbano essere nominate dal Ministro delle Infrastrutture.

Ora, se questi aspetti possono essere valutati positivamente, in quanto affermano la necessità, più volte rilevata da Ance, di una riapertura "a valle" della concorrenza con commissioni di gara pubbliche per l'affidamento dei lavori, stante l'assenza della gara "a monte" dovuta alla nuova possibile proroga "ex lege" delle concessioni in essere, va, tuttavia rilevato, che l'ambito dei lavori sottoposti a tale obbligo appare decisamente insufficiente, essendo limitato esclusivamente ai lavori "ulteriori" rispetto a quelli previsti dalle vigenti convenzioni nonché "di importo superiore alla soglia comunitaria".

Pertanto, sembrerebbe delinearsi il seguente scenario:

- *per i lavori previsti nelle vigenti convenzioni, sia sopra che sotto soglia comunitaria, dovrebbe continuare ad applicarsi l'art. 253, comma 25, secondo cui solo il 40% dei lavori è realizzabile "in house" dai concessionari, con l'obbligo di mettere in gara la restante quota pari al 60%;*
- *per i nuovi lavori, ulteriori rispetto a quelli previsti nelle vigenti convenzioni, indipendentemente dall'importo, viene introdotto l'obbligo di affidamento a terzi, con commissione di gara nominata dal Ministero.*

Va altresì tenuto conto del fatto che, proprio su tale norma, l'Italia rischia una procedura di infrazione Ue: la Commissione UE ha infatti aperto il 17 ottobre la pre-procedura di infrazione c.d. "Eu-Pilot", chiedendo allo Stato Italiano di fornire, entro due mesi, approfondimenti per decidere l'esito della procedura.

Art. 7 - Ambiente e Dissesto idrogeologico

Tale articolo contiene norme in materia di gestione di risorse idriche, modifiche urgenti al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, per il superamento delle procedure di infrazioni 2014/2059, 2004/2034 e 2009/2034, sentenze C-565-10 del 19 luglio 2012 e C-85-13 del 10 Aprile 2014, nonché norme di accelerazione degli interventi per la mitigazione del rischio idrogeologico e per l'adeguamento dei sistemi di collettamento, fognatura e depurazione degli agglomerati urbani; finanziamento di opere urgenti di sistemazione idraulica dei corsi d'acqua nelle aree metropolitane interessate da fenomeni di esondazione e alluvione.

Per quanto interessa la realizzazione dei lavori, il testo di conversione, anche grazie all'azione Ance, ha modificato la norma che consentiva ai Presidenti delle Regioni di avvalersi, per l'esecuzione degli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico, di società *in house* delle amministrazioni centrali dello Stato, dotate di specifica competenza tecnica. L' Ance, sia in sede di audizione, nonché in sede di conversione, ha più volte ribadito che tale previsione avrebbe potuto determinare una rilevante restrizione della concorrenza, con pregiudizio per il mercato.

Oggi, il testo di conversione prevede che per le attività di progettazione ed esecuzione degli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico di cui agli accordi di programma stipulati con le Regioni ai sensi dell'art. 2, comma 240, della legge 23 dicembre 2009, n. 191, i Presidenti delle Regioni, nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 10 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, possono avvalersi, sulla base di apposite convenzioni per la disciplina dei relativi rapporti, di tutti i soggetti pubblici e privati, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica prescritte dal Codice di cui al decreto legge 12 aprile 2006, n. 163, ivi comprese le società *in house* delle amministrazioni centrali dello Stato dotate di specifica competenza tecnica, attraverso i Ministeri competenti che esercitano il controllo analogo sulle rispettive società, ai sensi della disposizioni nazionale e europea.

Osservazioni

Secondo la nuova versione della norma, le società in house non potranno ottenere affidamento dei lavori o servizi in via

diretta, ma dovranno partecipare alle gare in posizione paritaria con le imprese private.

In tal caso, l'amministrazione, secondo i principi comunitari, dovrà adottare le più opportune misure di salvaguardia dei principi di trasparenza e parità di trattamento, per garantire una netta separazione tra le persone che predispongono il bando di gara e quelle presenti nella società "in house", al fine di impedire la trasmissione di informazioni riservate dall'amministrazione alla stessa società.

Art. 9 - Interventi di estrema urgenza in materia di vincolo idrogeologico, di normativa antisismica e di messa in sicurezza degli edifici scolastici e dell'Alta formazione artistica, musicale e coreutica - AFAM

Tale articolo, contiene disposizioni di semplificazione amministrativa e di accelerazione delle procedure per gli interventi di somma urgenza in materia di vincolo idrogeologico, di normativa antisismica e di messa in sicurezza degli edifici scolastici e dell'Alta formazione artistica, musicale e coreutica - AFAM.

Rispetto al testo originario del decreto legge, è stata limitata, grazie all'intervento dell'Ance, ai soli lavori di importo compreso fino alla soglia comunitaria, la possibilità di considerare di "estrema urgenza", la situazione conseguente ad apposita ricognizione da parte dell'Ente interessato che certifichi come "indifferibile" gli interventi, anche su impianti, arredi, dotazioni, o opera edilizia funzionali:

1. alla messa in sicurezza degli edifici scolastici di ogni ordine e grado, e di quelli dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica (AFAM) comprensivi di nuove edificazioni sostitutive di manufatti non rispondenti ai requisiti di salvaguardia della incolumità e della salute della popolazione scolastica e docente,
2. alla mitigazione dei rischi idraulici e geomorfologici del territorio,
3. all'adeguamento alla normativa antisismica,
4. alla tutela ambientale e del patrimonio culturale.

Inoltre, per quanto attiene alle disposizioni di semplificazione amministrativa e accelerazione delle procedure di gara relative a tali interventi, previste dal secondo comma dell'articolo in commento, sono state apportate, nel testo di conversione, le seguenti modifiche :

a) per i lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria, in relazione alla norma che ha previsto la non applicazione dei commi 10 e 10 ter dell'articolo 11 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (ossia il termine dilatorio di stand still e quello processuale per la stipula del contratto, successivi all'aggiudicazione definitiva), è stata introdotta l'eccezione dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria di cui alla parte II, titolo I, capo IV, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, e degli appalti aventi ad oggetto le attività di progettazione ed esecuzione, di cui all'articolo 53, comma 2, lettere b) e c), del medesimo codice;

b) la non applicazione dei commi 10 e 10 ter del citato articolo 11 è stata, inoltre, prevista con espresso riferimento ai lavori urgenti di realizzazione degli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri tra quelli previsti negli accordi di programma sottoscritti tra il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e le regioni ai sensi dell'articolo 2, comma 240, della legge 23 dicembre 2009, n. 191; è stata, infine, soppressa la previsione che consentiva alle stazioni appaltanti di prescindere dalla richiesta della garanzia a corredo dell'offerta di cui all'articolo 75 del decreto legislativo n. 163 del 2006;

c) per i bandi di cui al comma 5 dell'articolo 122 del decreto legislativo n. 163 del 2006 - cioè i bandi relativi a contratti sotto-soglia - viene confermata la pubblicazione unicamente sul sito informatico della stazione appaltante, ad eccezione, però, di quelli relativi ai servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria di cui alla parte II, titolo I, capo IV, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e degli appalti aventi ad oggetto le attività di progettazione ed esecuzione, di cui all'articolo 53, comma 2, lettere b) e c), del medesimo codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006;

d) per i termini di cui al comma 6 dell'articolo 122 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (ossia i termini di

ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, e di comunicazione dei capitolati e dei documenti complementari) viene confermato il loro dimezzamento, ad eccezione, però, di quelli relativi ai servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria di cui alla parte II, titolo I, capo IV, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, e degli appalti aventi ad oggetto le attività di progettazione ed esecuzione, di cui all'articolo 53, comma 2, lettere b) e c), del medesimo codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006;

e. viene confermata la possibilità per le stazioni appaltanti di affidare, a cura del responsabile del procedimento, per importi complessivi inferiori alla soglia comunitaria, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6, del decreto legislativo n. 163 del 2006, con invito rivolto, però, ad almeno 10 operatori economici, rispetto al minimo dei tre operatori di cui al testo del decreto; è stata, inoltre, soppressa la previsione secondo cui i lavori affidati ai sensi della presente lettera, relativi alla categoria prevalente, sono affidabili a terzi mediante sub appalto o sub contratto nel limite del 30 per cento dell'importo della medesima categoria; al riguardo, si ritiene che la percentuale subappaltabile resti comunque pari al 30%;

f) è stata, poi, confermata la possibilità di affidamento diretto, da parte del RUP, dei lavori di messa in sicurezza degli edifici scolastici e di quelli dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica (AFAM) di importo fino a 200 mila euro, con invito di almeno 5 operatori economici;

g) è stata, infine, prevista la soggezione degli appalti relativi agli interventi di cui all'articolo in commento, agli obblighi informativi di cui all'articolo 7, comma 8, del codice dei contratti pubblici, nei confronti dell'Osservatorio dei contratti pubblici, e agli obblighi di pubblicazione di cui all'articolo 37 del decreto legislativo 33 del 2013 (che consistono in informazioni relative alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture). È previsto, infine, il controllo a campione sugli affidamenti in argomento da parte dell'ANAC.

In sede di conversione, è stato, inoltre, introdotto il comma 2 sexies del citato articolo 9, il quale modifica la normativa prevista dal Codice del Processo Amministrativo (D.Lgs. 104/2010), in materia di misure cautelari.

In particolare, il citato comma stabilisce che *"le esigenze imperative connesse a un interesse generale"* - in presenza delle quali il Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010, art. 121) consente di conservare efficacia al contratto di aggiudicazione di lavori pubblici che sarebbe altrimenti da annullare perché stipulato in violazione di legge - sono anche le esigenze di tutela dell'incolumità pubblica.

Inoltre, nel caso di procedure ad evidenza pubblica avviate o da avviarsi ovvero di redazione di verbale di somma urgenza per interventi connessi allo stato di calamità ovvero ancora nei casi di "estrema urgenza" di cui al comma 1, se le esigenze di incolumità pubblica vengono evidenziate dalla stazione appaltante dinanzi al TAR adito in sede cautelare, il giudice amministrativo può concedere la sospensione del provvedimento solo se ritiene che l'estrema gravità e urgenza che motivano la domanda cautelare siano prevalenti sulle esigenze di incolumità pubblica. Il TAR dovrà fissare l'udienza per la discussione nel merito del ricorso entro 30 giorni dalla pronuncia in sede cautelare.

Osservazioni

Nonostante le modifiche apportate, le nuove misure destano notevoli perplessità, in quanto determinano un forte restringimento della concorrenza e del mercato.

A seguito dell'azione dell'Ance, la possibilità di utilizzare le nuove norme è stata limitata agli interventi di importo compreso fino alla soglia comunitaria.

Inoltre, è stato elevato da 3 a 10 il numero minimo di dei soggetti da invitare alle procedure comprese tra i 200 mila euro e la soglia comunitaria.

Tuttavia, tali misure appaiono ancora insufficienti.

Ciò soprattutto perché tali disposizioni, non sono volte ad accelerare l'esecuzione di interventi già finanziati, o riferiti a programmi specifici (quali ad esempio gli interventi individuati dagli accordi di programma già sottoscritti di cui al DL "del Fare" n. 69/2013, o al D.L. 91/2014), quanto, piuttosto, ad introdurre delle norme generali applicabili ratione materiae alle sfere di intervento sopra descritte.

Art. 33 - Misure per la riqualificazione urbana e ambientale del Comprensorio Bagnoli-Coroglio

La disposizione in commento, com'è noto, prevede, per quanto interessa la realizzazione dei lavori pubblici, la disciplina del procedimento di formazione approvazione e attuazione del programma di riqualificazione urbana della suddetta zona.

Anzitutto, il testo, in sede di conversione, conferma la nomina di un Commissario straordinario del Governo, incaricato della stipula dell'accordo di programma, e di un Soggetto Attuatore del programma di riqualificazione

Viene previsto, tuttavia, che tali soggetti, al fine di eliminare le sorgenti di inquinamento e comunque per la riduzione delle sostanze inquinanti, devono operare nel rispetto, oltretutto dei principi e delle norme comunitarie, delle procedure di scelta del contraente, sia per la progettazione sia per l'esecuzione, previste dal Codice dei contratti pubblici.

Osservazioni

Per quanto concerne le procedure di affidamento dei lavori pubblici, rimane una valutazione negativa in relazione al dimezzamento di tutti i termini procedurali previsti dal Codice dei contratti, che condiziona sia il corretto svolgimento della gara sia, "a monte", la partecipazione di tutti gli interessati e, con essi, l'individuazione del miglior offerente.

Art. 34 - Modifiche al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, per la semplificazione delle procedure in materia di bonifica e messa in sicurezza di siti inquinati. Misure urgenti per la realizzazione di opere lineari realizzate nel corso di attività di messa in sicurezza e bonifica

La disposizione in commento prevede alcune novità in materia di affidamento dei lavori di bonifica introducendo numerose modifiche al Codice dei contratti, le quali vengono confermate nel testo di conversione del decreto legge in esame. In particolare:

- a) viene modificato l'art. 48 del Codice sui contratti pubblici, prevedendo che, le stazioni appaltanti, nei casi di bonifica e/o messa in sicurezza di siti contaminati, devono verificare i requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa, necessari alla partecipazione, già in sede di offerta. In tali casi, non si applica, pertanto, la norma che impone tale verifica su un numero di concorrenti, non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate;
- b) con una modifica all'art. 49 del Codice, viene chiarito che non è possibile il ricorso all'istituto dell'avvalimento per l'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali;
- c) mediante una modifica dell'art. 57 del Codice, si prevede che il ricorso, nella misura strettamente necessaria, alle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara, nei casi "urgenti" (e non solo estremamente urgenti) di bonifica e/o messa in sicurezza di siti contaminati;
- d) con l'intervento sull'art. 70 è, altresì, prevista per la stazione appaltante la possibilità di ridurre il termine per la ricezione delle domande di partecipazione alla gara sino a 15 giorni dalla pubblicazione del bando e fino a 10 giorni dalla data di invio dell'invito a presentare le offerte nelle procedure ristrette, in cui sia prevista la sola esecuzione della bonifica, quest'ultimo termine sale a 30 giorni se il contratto ha ad oggetto il progetto esecutivo ed a 45 giorni se ha ad oggetto quello definitivo;
- e) relativamente all'art. 132, viene confermato che la c.d. "varianti non varianti" ad opera del direttore dei lavori, in caso di bonifica e/o messa in sicurezza di siti contaminati, non possano superare il 10%

dell'importo dei lavori (e non più il 20% come previsto nel testo del decreto legge);

f) modificando l'art. 203, è previsto che nel caso di bonifica dei siti contaminati, l'affidamento sulla base di un progetto preliminare o definitivo possa comprendere, oltre all'attività di esecuzione, quella della progettazione successiva al livello previsto a base dell'affidamento, laddove vi sia una particolare complessità dall'intervento;

Osservazioni

Si confermano le perplessità espresse in sede di commento del testo del DL "Sblocca Italia", poiché le misure introdotte potrebbero penalizzare il principio di massima concorrenza; ciò sia a causa dell'estensione, in caso di bonifiche semplicemente urgenti, della possibilità di ricorso alle procedure negoziate senza bando, previste però per l'estrema urgenza; sia in ragione della riduzione dei termini per la ricezione delle domande di partecipazione alla gara o per la presentazione delle offerte.