

della problematica, anche alla luce della rivisitazione del concordato operata dal d.lgs. n. 5/2006, che è tesa a valorizzare l'obiettivo della riattivazione dell'attività imprenditoriale, al pari di quanto già avviene nel caso dell'amministrazione straordinaria.

Con riferimento alle misure di prevenzione (articolo 38, lettera b)), l'Autorità ha rilevato come, in un'ottica di tutela della pubblica amministrazione, il legislatore abbia attribuito rilievo alle (distinte) fattispecie dell'attività procedimentale che precede l'emanazione del provvedimento definitivo e dell'avvenuta irrogazione della misura di prevenzione. Ai fini della definizione dell'ambito di applicazione della causa di esclusione, pertanto, il procedimento è da ritenersi pendente quando sia avvenuta l'annotazione della richiesta di applicazione della misura presso le segreterie delle procure della Repubblica e presso la cancelleria dei tribunali. L'incapacità alla partecipazione alle gare è, quindi, prevista per la pendenza del procedimento, in quanto nel caso di avvenuta irrogazione della misura, si applica la causa ostativa alla conclusione di contratti di appalto prevista al menzionato articolo 10 della legge n.575/1965, espressamente richiamato nella disposizione in commento.

In merito alla lettera c), l'Autorità ha osservato che la preclusione alla partecipazione alle gare d'appalto derivante dalla pronuncia di particolari sentenze di condanna è da considerare alla stregua di una misura cautelare stabilita dal legislatore per evitare che la pubblica amministrazione contratti con soggetti la cui condotta illecita sia valutata incompatibile con la realizzazione di progetti d'interesse collettivo e con l'esborso di denaro pubblico. Deve trattarsi, in ogni caso, di sentenze definitive. Le fattispecie di reato rilevanti ai fini dell'esclusione non costituiscono un *numerus clausus*, essendo tutte quelle relative a fatti la cui natura e contenuto siano idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante ed a creare allarme sociale rispetto ad interessi di natura pubblicistica. Atteso l'obbligo incombente sugli operatori economici di dichiarare qualsiasi condanna o violazione (con l'eccezione di quelle per le quali sia intervenuta la riabilitazione o l'estinzione del reato per effetto di specifica pronuncia giudiziale), si è ritenuto di suggerire alle stazioni appaltanti di

prescrivere espressamente nei disciplinari di gara l'elencazione di tutti i precedenti penali, anche se ipoteticamente non rilevanti per l'esclusione.

È opportuno anche rimarcare il delicato ruolo che le stazioni appaltanti hanno nella valutazione sia della gravità del reato sia dell'incidenza sulla moralità professionale, al pari di quanto avviene nell'apprezzamento delle violazioni in materia di sicurezza ed obblighi derivanti da rapporti di lavoro (articolo 38, comma 1, lett. e). In ragione del margine di discrezionalità proprio di tali valutazioni, un'eventuale esclusione deve essere attentamente ponderata in relazione alla singola, concreta, fattispecie di reato o violazione, nonché sorretta da una congrua motivazione.

Ai fini della configurazione delle ipotesi di negligenza ed errori gravi nell'attività professionale (articolo 38, lettera f), l'Autorità ha osservato come non sia sufficiente che le prestazioni o la mancata esecuzione delle opere non siano state eseguite a regola d'arte ovvero in maniera non rispondente alle esigenze del committente, occorrendo, invece, una violazione del dovere di diligenza nell'adempimento qualificata da un atteggiamento psicologico doloso o comunque gravemente colposo dell'impresa. La valutazione di esclusione deve comunque essere sempre motivata, essendo connessa a nozioni ampie e generiche quali quelle di grave negligenza e malafede, che richiedono una adeguata motivazione in punto di fatto e di diritto, a seguito di un accertamento obiettivo, basato su elementi concreti, oggettivi e ragionevoli. Anche con riferimento all'errore grave, la stazione appaltante è tenuta, quindi, ad esprimere una valutazione che deve essere supportata da adeguata motivazione.

Per quanto concerne le irregolarità fiscali (lettera f)), l'Autorità ha precisato che l'eventuale violazione di obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, definitivamente accertata, perde la sua efficacia ostativa alla partecipazione alle gare di appalto se e quando l'operatore economico regolarizza completamente la propria posizione.

Particolarmente significative sono le osservazioni svolte a proposito della lettera h) sulle false dichiarazioni. È stato, in primo luogo, chiarito che l'obbligo di segnalazione all'Autorità non è limitato alle dichiarazioni relative ai requisiti oggettivi, di capacità tecnico-organizzativa ed

economico-finanziaria, ma sussiste anche in caso di false dichiarazioni sul possesso dei requisiti soggettivi di ordine generale. In secondo luogo, l'Autorità ha ritenuto che il termine annuale entro il quale è operante la preclusione alla partecipazione alle gare decorra dalla data di iscrizione nel casellario informatico. Inoltre, dando concretezza alle garanzie partecipative, nonché ai principi di trasparenza e proporzionalità di derivazione comunitaria, l'Autorità ha stabilito che l'annotazione nel casellario informatico, in caso di false dichiarazioni, deve essere preceduta da un contraddittorio con le parti interessate, che permetta di valutare l'eventuale inconferenza della notizia o l'inesistenza in punto di fatto dei presupposti per l'annotazione. Parimenti, le stazioni appaltanti sono tenute ad informare contestualmente l'operatore economico interessato dell'invio della segnalazione all'Autorità.

In riferimento al profilo della regolarità contributiva (lettera i), intervenendo nell'ampio dibattito sulla sindacabilità delle risultanze del D.U.R.C., l'Autorità ha ritenuto che le stazioni appaltanti sono tenute a prendere atto della certificazione senza poterne in alcun modo contestare le risultanze.

Con riguardo alla sospensione o revoca dell'attestazione SOA (articolo 38, lettera m-bis) - ipotesi introdotta dal decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113 e modificata dal decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152, l'autorità ha puntualizzato che il *dies a quo* decorre dalla data di inserimento del provvedimento di decadenza dell'attestazione nel casellario informatico da parte dell'Autorità, tenuto conto che la norma si riferisce a decadenze dell'attestato SOA "risultanti dal casellario informatico". Le stazioni appaltanti, in sede di gara, allorché riscontrino dalla consultazione del casellario informatico, una decadenza dell'attestazione per falso devono escludere l'operatore economico, per carenza del requisito in argomento. Se, tuttavia, dal casellario risulti che l'operatore economico ha ottenuto una nuova attestazione, ciò implica che la stessa sia stata rilasciata in coerenza con quanto stabilito nella determinazione n. 6 del 15 novembre 2006. Tale determinazione prevede che la non imputabilità della falsità all'impresa acquista rilevanza ai fini del rilascio di nuova attestazione; infatti, in caso di

falso non imputabile, sussisterà il requisito di ordine generale di non aver reso false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione agli appalti e per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione ai sensi dell'art. 17, lettera m), d.P.R. n. 34 del 2000. Questa ipotesi comporta che, nel casellario informatico, oltre all'annotazione relativa alla decadenza dell'attestazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, sarà inserita nei confronti dell'operatore economico anche l'informazione circa il rilascio di una nuova attestazione.

Alcune specificazioni sono state fornite anche con riguardo all'esclusione per omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione (articolo 38, comma 1, lettera m-ter), da ultimo introdotta dal comma 19 dell'articolo 2, della legge n. 94/2009. In merito, è importante porre l'accento sul fatto che, a parere dell'Autorità, il periodo triennale di durata dell'esclusione decorre dalla data di richiesta di rinvio a giudizio, coincidendo con questa data il momento in cui si realizza, sul piano sostanziale, la circostanza ostativa. La mancata denuncia deve emergere dagli indizi alla base della richiesta del pubblico ministero di rinvio a giudizio dell'imputato, formulata nei tre anni anteriori alla pubblicazione del bando. L'Autorità, a propria volta, dovrà pubblicare sul casellario informatico la comunicazione della mancata denuncia unitamente al nominativo del soggetto cui è addebitabile l'omissione. Di tale pubblicazione viene data informazione al soggetto stesso, al fine di evitare che l'operatore economico incorra nella falsa dichiarazione in merito al requisito.

In merito alla preclusione derivante da rapporti di controllo e collegamento sostanziale (articolo 38 lettera m-quater), la determinazione dà conto delle recenti modifiche legislative apportate dal decreto legge 25 settembre 2009, n. 135 (convertito con legge 20 novembre 2009, n. 166), che hanno consentito di superare le censure mosse dalla Corte di giustizia delle Comunità europee all'articolo 34, comma 2, del Codice (sentenza 19 maggio 2009, causa C-538/07). Tale disposizione prevedeva l'obbligo assoluto di disporre l'esclusione automatica di partecipanti alla medesima che fossero

fra di loro in una delle situazioni di controllo e collegamento ai sensi dell'articolo 2359 c.c.. Il legislatore nazionale, in ottemperanza alla decisione del giudice comunitario, ha eliminato la previsione del divieto assoluto ed automatico, mantenendo comunque la fattispecie impeditiva relativa alla mancanza, sul piano sostanziale, di una reale alterità soggettiva. In tal modo, la disciplina interna consente alle imprese, in situazione di controllo o collegamento, di provare l'insussistenza di rischi di turbativa della selezione. L'Autorità ha ritenuto che l'autocertificazione, nelle ipotesi di assenza di controllo, debba fare riferimento anche a situazioni di controllo di fatto ed attestare, in ogni caso, la piena autonomia del dichiarante nella formulazione dell'offerta. Analogamente, nell'ipotesi di presenza di controllo, vanno dichiarate anche situazioni di controllo di fatto, ferma restando la prescritta attestazione circa l'autonoma elaborazione dell'offerta.

Con la determinazione n. 5 del 21 maggio 2009 l'Autorità ha invece affrontato la materia del controllo del possesso dei requisiti, fornendo linee guida sull'applicazione dell'articolo 48 del Codice, in merito al controllo del possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti alle imprese dal bando di gara.

#### **Il controllo del possesso dei requisiti**

Con tale atto l'Autorità ha consolidato quanto in precedenza affermato nell'atto di regolazione n. 15 del 30 marzo 2000 e fornito, al contempo, ulteriori chiarificazioni e suggerimenti agli operatori, soprattutto i settori dei servizi e delle forniture, per i quali l'introduzione dell'articolo 48 del Codice e l'integrazione apportata dal terzo decreto correttivo rappresenta una novità.

Le linee guida trattano, pertanto, l'ambito di applicazione della procedura, l'inapplicabilità al controllo sui requisiti generali e sui requisiti di valutazione dell'offerta, i requisiti oggetto di verifica.

Sono stati, inoltre, presi in considerazione i profili della determinazione del periodo di attività documentabile relativa ai requisiti speciali, il caso in cui siano dichiarati requisiti sovrabbondanti rispetto ai minimi, la distinzione tra criteri di selezione dell'offerente e criteri di selezione dell'offerta, i mezzi di prova per dimostrare il possesso dei requisiti.

Le linee guida si concludono trattando dell'applicazione dell'articolo 48 agli appalti di progettazione ed esecuzione, la natura dei termini per gli adempimenti previsti dalla norma, la natura del termine posto ai concorrenti sorteggiati, le modalità di applicazione dell'articolo 48 comma 1-*bis*, i controlli sull'aggiudicatario provvisorio e sul secondo graduato, la modalità di espletamento della verifica, la compatibilità con la normativa sull'autocertificazione, i presupposti in presenza dei quali vengono irrogate le sanzioni da parte dell'Autorità.

### **3.3 La finanza di progetto**

La collaborazione tra pubblico e privato costituisce espressione dell'evoluzione del ruolo del soggetto pubblico da operatore diretto nel mercato a organizzatore, regolatore e supervisore dello stesso nel rispetto del principio di concorrenza e rappresenta una delle manifestazioni più evidenti del principio di sussidiarietà orizzontale. Tuttavia, per conseguire reali vantaggi dall'utilizzo degli strumenti di partenariato pubblico privato, la semplificazione delle fasi di realizzazione delle opere pubbliche e la certezza delle regole applicabili costituiscono due elementi indispensabili, anche al fine di incoraggiare l'apporto finanziario e manageriale dei privati.

#### **La finanza di progetto**

Ad oggi, l'articolo 153 del Codice, così come modificato dal D.Lgs. 11 settembre 2008 n. 152 (c.d. terzo decreto correttivo) delinea un quadro normativo organico per la finanza di progetto, che contempla tre diverse procedure per l'affidamento del contratto di concessione di lavori pubblici: (i) una gara unica per l'individuazione del promotore e l'aggiudicazione del contratto di concessione (articolo 153, commi 1-14); (ii) una doppia gara con diritto di prelazione a favore del promotore (articolo 153, comma 15); (iii) una procedura su iniziativa del privato in caso di inerzia dell'amministrazione aggiudicatrice, qualora questa ultima non provveda alla pubblicazione dei bandi entro sei mesi dall'approvazione dell'elenco annuale di cui all'articolo 128, nel quale siano inserite opere finanziabili in tutto o in parte con capitali privati.

In conseguenza dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, l'Autorità ha svolto, durante tutto l'arco del 2009, un'articolata attività di approfondimento che ha condotto all'adozione di tre atti a carattere generale sul tema della finanza di progetto.

In particolare, la determinazione n. 1 del 14.1.2009, "*Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. terzo correttivo*" (articolata in due parti: "*Linee guida per l'affidamento della concessione di lavori mediante le procedure previste dall'articolo 153 del Codice*" e "*Linee guida per la redazione dello studio di fattibilità*") risponde alla riscontrata esigenza di fornire indicazioni operative alle amministrazioni ed agli operatori economici sia in merito alle problematiche interpretative legate all'applicazione dell'articolo 153 (con particolare riguardo alle nuove procedure di gara) sia in merito ai contenuti dello studio di fattibilità, che non sono individuati dal Codice.

Il percorso così intrapreso è, poi, proseguito con l'adozione della determinazione n. 3 del 20.5.2009, recante "*Procedure di cui all'art.153 del codice dei contratti pubblici: linee guida per i documenti di gara*", e della determinazione n. 4 del 20.5.2009, recante "*Linee guida per l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle procedure previste dall'articolo 153 del Codice dei contratti pubblici*".

La determinazione n. 3/2009, in aderenza a quanto stabilito dall'articolo 7, comma 4, lettera h) del Codice, è caratterizzata da un intento eminentemente pratico e applicativo, consistente nel mettere a disposizione delle stazioni appaltanti modelli di documentazione da allegare al bando di gara per la procedura aperta (disciplinare di gara) e ristretta (norme integrative del bando di gara e lettera di invito) sia nel caso di procedura a gara unica che in quello di procedura a doppia gara. Per garantire la necessaria flessibilità nell'utilizzo dei modelli, nei documenti sono state contemplate soluzioni alternative che, in alcuni casi, corrispondono alle diverse opzioni ammesse dalla normativa vigente e, in altri casi, sono astrattamente ipotizzabili in relazione ai contenuti della concessione.

La determinazione n. 4/2009 affronta il tema dell'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex articolo 83 del Codice

**Le linee guida  
sulla finanza di  
progetto -  
Affidamento,  
Studio di  
Fattibilità e  
Offerta  
Economicamente  
più Vantaggiosa**

nell'ambito delle procedure di finanza di progetto. In tale occasione, l'Autorità ha, innanzitutto, inteso ribadire la cruciale importanza, al fine di una corretta applicazione del criterio in esame, di distinguere nettamente i requisiti di partecipazione dai criteri di aggiudicazione dell'offerta. Da tale distinzione deriva che, in caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i contenuti qualitativi e quantitativi dell'offerta, da valutarsi in seduta riservata, devono avere una diretta connessione con l'oggetto dell'appalto, con esclusione di qualità soggettive proprie dei concorrenti.

In secondo luogo, si è ritenuto opportuno rimarcare che la scelta degli elementi di valutazione, seppur connotata da un ampio margine di discrezionalità tecnica, è un'operazione rigidamente disciplinata nel metodo, nel senso che le stazioni appaltanti sono obbligate a dar conto con chiarezza delle proprie decisioni nei documenti di gara, nel rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento. La medesima libertà si rinviene anche nella ponderazione degli elementi di valutazione, da stabilire nel bando di gara, con l'unico limite della "manifesta irrazionalità" della distribuzione dei punteggi rispetto allo scopo dell'intervento. La determinazione, al fine di supportare le stazioni appaltanti, illustra una metodologia che, pur partendo da valutazioni discrezionali, conduce ad una ponderazione coerente con gli obiettivi che si intendono perseguire. Sempre in tale ottica, l'Autorità ha ritenuto utile esemplificare l'utilizzo dei metodi multicriteri "aggregativo compensatore" ed "electre", previsti nell'allegato B del D.P.R. n. 554/1999.

La determinazione prende, altresì, in considerazione le modifiche apportate dal decreto legislativo n. 152/2008 che, a maggiore tutela del principio di trasparenza e di *par condicio*, ha soppresso il terzo periodo del comma 4 dell'articolo 83 del Codice. Si tratta della risposta del legislatore nazionale alle censure formulate in sede europea dalla Commissione (cfr. procedura d'infrazione n.2007/2309 e nota di costituzione in mora del 1° febbraio 2008), secondo cui le direttive, a tutela della parità di trattamento, esigono che il bando specifichi – al fine di essere conosciute dai concorrenti prima che formulino le loro offerte – le modalità con cui i criteri di

valutazione saranno applicati. Pertanto, i criteri motivazionali di attribuzione dei punteggi devono essere stabiliti nei documenti di gara e non possono essere rinviati a successive valutazioni della commissione.

Con specifico riguardo all'utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle procedure di finanza di progetto, l'Autorità ha rimarcato l'importanza di individuare gli elementi di valutazione sulla base di un'analisi approfondita dei contenuti dell'opera da realizzare e dello studio di fattibilità, in modo da prevedere quali modifiche siano ammissibili in sede di offerta. Occorre, in sostanza, evidenziare gli obiettivi funzionali cui tende la stazione appaltante attraverso l'intervento, per offrire ai concorrenti le informazioni corrette e complete per la formulazione dell'offerta. La determinazione, con riferimento ai criteri indicati nel Codice, riporta alcuni elementi con l'indicazione della loro natura (quantitativa e/o tangibile, oppure qualitativa e/o intangibile) e se occorra massimizzarli oppure minimizzarli. Vengono, altresì, indicati, a titolo esemplificativo, alcuni dei criteri e sub-criteri che possono essere utilizzati nel bando di affidamento di una concessione di lavori pubblici.

La descritta attività di *soft regulation* e l'enucleazione di *best practices* di settore ha condotto ad una apprezzabile attenuazione delle problematiche relative alla fase intermedia di gara. Permangono, tuttavia, rilevanti criticità che limitano il ricorso alla finanza di progetto. Tre queste, le principali attengono alla fase decisionale di pianificazione iniziale a monte delle procedure di gara, nonché alla fase a valle di definizione ed attuazione delle clausole contrattuali.

Un primo ostacolo è, infatti, tuttora costituito dall'insufficiente livello di concertazione tra i diversi soggetti pubblici coinvolti nelle operazioni di partenariato pubblico privato, unitamente alla persistente mancanza di una vera cultura della programmazione. Tale circostanza induce ad aprire un'attenta riflessione sull'allocazione del rischio amministrativo ed a verificare la possibilità di introdurre forme di raccordo più efficaci tra l'iter di approvazione di tutti gli atti che assumono rilievo nelle operazioni di finanza di progetto e le norme sulla conferenza di servizi di cui alla legge n. 241/1990. In questo senso, è di stretta attualità quanto osservato

dall'Autorità nella determinazione n. 1 del 2009 circa l'opportunità di sottoporre lo studio di fattibilità all'approvazione obbligatoria di una conferenza di servizi preliminare: ciò consentirebbe di acquisire in via preventiva il consenso delle amministrazioni coinvolte ed evitare successivi ritardi.

Sempre al fine di garantire speditezza e trasparenza nel procedimento, nonché di consentire ai privati di partecipare alle operazioni mediante un apporto ragionato e consapevole, deve essere ancora ribadita la cruciale importanza dello studio di fattibilità. Quest'ultimo deve essere sufficientemente dettagliato anche per garantire una valutazione comparativa che risulti fondata su presupposti omogenei.

Una maggiore sensibilità deve essere sviluppata con riguardo agli aspetti di bancabilità dei progetti, anche per evitare continui aggiustamenti del piano economico finanziario nel corso della procedura di gara e sino al *financial closing*. In questo senso, potrebbero essere riconsiderati e sviluppati i contenuti e le finalità dell'istituto dell'asseverazione bancaria.

Alla luce della lunga durata contrattuale, sarebbe altresì necessario valutare la possibilità di prevedere una disciplina specifica del contratto di concessione in finanza di progetto, che garantisca efficaci adattamenti in caso di eventi sopravvenuti, preveda idonei meccanismi di controllo sul livello dei servizi offerti e faciliti l'effettiva traslazione del rischio di domanda e/o di disponibilità dell'opera in capo al privato. Di contro, è auspicabile la predisposizione di più adeguati presidi a tutela dei privati finanziatori, attraverso il potenziamento dei meccanismi di *step-in right*.

Alcune delle criticità esposte possono essere efficacemente risolte perseguendo nella strada della standardizzazione dei documenti sia di gara che contrattuali, come frutto di una ampia condivisione tra tutti gli operatori di mercato. Come dimostrato dall'esperienza britannica, la standardizzazione consente di ridurre drasticamente i tempi ed i costi di negoziazione dei contratti di concessione, mediante un coinvolgimento diretto nella ricerca delle soluzioni ottimali di amministrazioni, imprese e finanziatori.

### 3.4 Le opere a scomputo

L'Autorità, con la determinazione n. 7 del 16 luglio 2009, è intervenuta nell'acceso dibattito sul regime delle opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione, fornendo preziose indicazioni interpretative in merito alle problematiche applicative della nuova disciplina introdotta nel Codice dal decreto legislativo n. 152/2008.

A seguito delle censure comunitarie, la materia è stata, negli ultimi anni, ripetutamente oggetto di modifiche legislative, che hanno creato problemi applicativi e contrasti interpretativi sull'attuazione delle disposizioni contemplate dal Codice.

La regolamentazione dell'istituto delle opere di urbanizzazione a scomputo si rinviene, in primo luogo, nella normativa urbanistica, secondo la quale la realizzazione di tali opere condiziona il rilascio del permesso di costruire. L'obbligo di corrispondere gli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria in caso di esecuzione di un certo tipo di opere edilizie è sorto, infatti, con l'entrata in vigore della legge 6 agosto 1967 numero 765 (articolo 8), al quale si è aggiunto quello inerente il contributo commisurato al costo di costruzione con l'articolo 6 della legge 28 gennaio 1977, numero 10.

Queste disposizioni sono state tutte trasfuse nell'articolo 16 del Testo unico sull'edilizia (d.P.R. n. 380/2001) che, ai commi 7,7- bis e 8, distingue tra oneri di urbanizzazione primaria e secondaria. Il rilascio del permesso di costruire da parte di un'amministrazione comporta, pertanto, per il privato *"la corresponsione di un contributo commisurato all'incidenza degli oneri di urbanizzazione nonché al costo di costruzione"* (articolo 16, comma 1, del T.U.E.). Il legislatore ha, poi, previsto, al comma 2 dell'articolo citato, la possibilità di scomputare la quota del contributo relativa agli oneri di urbanizzazione, nel caso in cui il titolare del permesso di costruire o l'attuatore del piano si obblighi a realizzarle direttamente.

Tra l'operatore privato e l'amministrazione viene stipulata una convenzione che accede al permesso di costruire e che disciplina le opere da realizzare, i tempi, le modalità di esecuzione, la valutazione economica e le garanzie dell'adempimento, imprimendo, così, una connotazione negoziale al rapporto tra la pubblica amministrazione ed il privato.

**Le opere a  
scomputo degli  
oneri di  
urbanizzazione**

Alla luce del complesso di norme succintamente esposte, la *ratio* dell'istituto, che ha una vasta applicazione nella pratica, va individuata nella possibilità, offerta all'amministrazione locale, di dotarsi di opere di urbanizzazione, senza assumere direttamente i rischi legati alla loro realizzazione.

Su tale assetto normativo è intervenuta la pronuncia della Corte europea "Scala 2001", in cui la Corte ha posto in luce che le opere di urbanizzazione sono da ritenere pubbliche sin dalla loro origine; la realizzazione delle opere in luogo del loro pagamento conferma la natura patrimoniale del contratto, con riflessi sui pubblici interessi.

**Assoggettamento  
alle procedure di  
evidenza pubblica  
delle opere a  
scomputo**

A seguito di tale pronuncia, il legislatore italiano è intervenuto più volte cercando di contemperare le finalità ed i principi della normativa nazionale con i principi enunciati dalla Corte di giustizia. Con l'entrata in vigore del Codice, il quadro normativo si è evoluto nella direzione di un più esteso assoggettamento delle opere a scomputo alle procedure di evidenza pubblica. Da ultimo, mediante il decreto legislativo n. 152/2008, l'articolo 32 del Codice è stato modificato eliminando ogni distinzione nella disciplina delle opere di urbanizzazione primaria e opere di urbanizzazione secondaria e prevedendo che tutte le opere, a prescindere dal loro importo (inferiore, pari o superiori alla soglia comunitaria), sono assoggettate alle previsioni del Codice.

Con riguardo all'ambito di applicazione di tali previsioni, l'Autorità, con la determinazione n. 4 del 2008, aveva già chiarito che la portata dell'articolo 32, comma 2, lettera g), del Codice si estende a tutti i piani urbanistici e accordi convenzionali, comunque denominati, stipulati tra privati e amministrazioni (cosiddetti "accordi complessi", compresi gli accordi di programma), che prevedano l'esecuzione di opere destinate a confluire nel patrimonio pubblico, con la sola eccezione degli accordi complessi stipulati in seguito a procedura di evidenza pubblica per la scelta del privato sottoscrittore dell'accordo (nel qual caso non è richiesta una gara di "secondo livello" per la scelta dell'esecutore delle opere).

In conseguenza del mutato assetto normativo, l'Autorità ha ritenuto opportuno avviare una formale procedura di consultazione preventiva con

gli operatori del mercato e le amministrazioni competenti, adottando la determinazione n. 7 del 16 luglio 2009.

La determinazione affronta, in primo luogo, la questione del profilo soggettivo della disciplina dettata dall'articolo 32, comma 1, lettera g), osservando che dalla norma citata discende una titolarità "diretta" della funzione di stazione appaltante in capo al privato titolare del permesso di costruire (ovvero titolare del piano di lottizzazione o di altro strumento urbanistico attuativo contemplante l'esecuzione di opere di urbanizzazione) che, in quanto soggetto aggiudicatore, è tenuto ad appaltare tali opere nel rispetto del Codice. Di conseguenza, il privato è l'esclusivo responsabile dell'attività di progettazione, affidamento e di esecuzione delle opere di urbanizzazione, fermi restando i poteri di vigilanza e di controllo che spettano all'amministrazione e che, tra l'altro, comportano l'approvazione del progetto in linea tecnica ed economica e delle eventuali varianti in corso di esecuzione, nonché la possibilità di richiedere al privato informazioni circa le modalità di svolgimento delle procedure di gara.

Per l'individuazione dell'appaltatore, il privato dovrà, pertanto, applicare le medesime norme cui è tenuta l'amministrazione per l'affidamento a terzi di lavori pubblici di corrispondente tipologia ed importo, escluse le sole disposizioni specificatamente indicate dall'articolo 32, comma 2.

Con riguardo al rapporto contrattuale da instaurarsi a valle delle procedure di gara, l'Autorità ha osservato che le obbligazioni contrattuali sono, invece, determinate dal privato che agisce in qualità di stazione appaltante, ai sensi degli articoli 1322 e 1323 del codice civile ed è disciplinato dalle norme del diritto civile, nel rispetto delle disposizioni contenute nella convenzione urbanistica, dei principi generali dell'ordinamento e delle disposizioni sulla procedura di gara, fermo restando che è sempre ammissibile il rinvio alla disciplina pubblicistica dell'appalto di lavori, almeno con riguardo alle varianti ed alle garanzie.

L'Autorità, poi, interpretando il disposto dell'art. 16, del T.U.E. nel senso che il privato possa adempiere l'obbligo di corrispondere gli oneri di

urbanizzazione eseguendo la diversa prestazione della realizzazione delle opere, ha ritenuto che gli eventuali ribassi conseguiti in sede di gara debbano rimanere nella disponibilità del privato, così come sono a carico del privato gli eventuali costi aggiuntivi supportati, secondo una logica di rischio imprenditoriale.

Conformemente a quanto già affermato nella determinazione n. 2 del 25 febbraio 2009, l'Autorità ha ribadito che compete al privato anche la nomina dei collaudatori, ferma restando la riserva, a favore dell'amministrazione, nell'ambito delle proprie funzioni di vigilanza, del potere di approvare gli atti del collaudo, in considerazione della successiva acquisizione al patrimonio pubblico delle opere realizzate.

Inoltre, nell'ipotesi di cui al secondo periodo dell'art. 32, comma 1, lettera g) del Codice, l'Autorità ha stabilito che la gara sia bandita dall'amministrazione pubblica e che la partecipazione alla stessa non sia preclusa al privato titolare del permesso di costruire (o del piano urbanistico attuativo), purché qualificato, *ex* articolo 40 del Codice, e purché non abbia direttamente curato la redazione della progettazione preliminare; in tale caso, il contratto d'appalto dovrà essere stipulato dal titolare del permesso di costruire (o del piano urbanistico attuativo).

Viene, infine, ribadito che l'affidamento e l'esecuzione delle opere di urbanizzazione sono sottoposti alla vigilanza dell'Autorità e che i dati riguardanti tali procedure sono compresi nelle comunicazioni obbligatorie all'Osservatorio.

### **3.5 Le offerte anomale**

L'Autorità è intervenuta sul tema della procedura di verifica delle offerte anomale per i contratti di lavori, servizi e forniture con la determinazione n. 6 del 2009.

La determinazione è nata dall'esigenza, prospettata dal mercato, di semplificare tale procedimento, allo scopo di ridurre la lunghezza dei tempi dell'aggiudicazione delle gare. Più in particolare, è stato richiesto all'Autorità se fosse ammissibile, a seguito delle modifiche apportate dal terzo decreto correttivo all'articolo 88, comma 7, del Codice, svolgere i sub

procedimenti di verifica delle offerte contemporaneamente, ferma restando la progressività della fase conclusiva dell'accertamento della congruità delle offerte a partire dall'offerta di maggior ribasso fino all'offerta ritenuta non anomala.

Sul punto, la determinazione ha precisato che, qualora la verifica di congruità debba essere compiuta nei riguardi di più offerte, le singole fasi istruttorie di tale verifica, possono essere svolte contemporaneamente avviando le stesse (esame delle giustificazioni presentate in gara) dalla migliore offerta e proseguendo gli avvii dei sub-procedimenti delle altre offerte, seguendo l'ordine progressivo dei ribassi offerti. La fase conclusiva delle fasi istruttorie si deve svolgere a partire dalla migliore offerta e, ove necessario, in quanto non si è ancora individuata l'offerta congrua, progressivamente in ordine decrescente nei confronti delle successive.

**Le offerte  
anomale**

L'Autorità, inoltre, conformemente a quanto già indicato nella determinazione n. 4 del 1999, ha illustrato le modalità di calcolo della soglia di anomalia, al fine di fornire indicazioni univoche alle stazioni appaltanti sugli aspetti sostanziali della verifica, quali le modalità di presentazione delle giustificazioni, i contenuti delle stesse e la verifica del costo del lavoro, particolarmente rilevante per i servizi.

Sull'argomento, è successivamente intervenuta la legge 3 agosto 2009 n. 102 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78 che ha introdotto una nuova disciplina del procedimento di verifica delle offerte anomale. Le modifiche sono state apportate all'articolo 87, disponendo che, quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante deve richiedere all'offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonché, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le giustificazioni relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta, procedendo ai sensi dell'articolo 88 del Codice.

La differenza fondamentale sta, quindi, nel fatto che le giustificazioni non sono chieste unitamente all'offerta, ma *ex post*, soltanto agli offerenti che hanno presentato un'offerta anormalmente bassa. Le modifiche

**Procedimento  
per la verifica  
della congruità  
delle offerte**

all'articolo 88 prevedono un termine non inferiore a 15 giorni per ricevere dal concorrente, per iscritto, le giustificazioni; su di esse la stazione appaltante si pronuncia, eventualmente anche tramite una commissione *ad hoc*, e qualora le reputi non esaustive, richiede le necessarie precisazioni all'offerente entro il ridotto termine di 5 giorni. Prima di escludere l'offerta, che dovesse ancora essere ritenuta anormalmente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a tre giorni.

La modifica più significativa sembra, però, essere quella apportata al comma 7 dell'articolo 88 che consente una procedura alternativa alla stazione appaltante, se prevista nel bando o nella lettera di invito: procedere alla verifica delle migliori offerte contemporaneamente e non una per una, cronologicamente; la norma precisa, tuttavia, che tale facoltà si esercita per le offerte non oltre la quinta (migliore offerta). La procedura è alternativa a quella già modificata dal terzo decreto correttivo, sulla quale l'Autorità si è pronunciata con la determinazione citata.

### **3.6 Esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici**

Con la determinazione 2/2010, l'Autorità ha inteso sciogliere alcuni nodi interpretativi riguardanti la disciplina applicabile ai rapporti tra amministrazione concedente ed impresa concessionaria nella fase di esecuzione dei lavori previsti nel contratto di concessione di lavori pubblici. In particolare, sulla base delle indicazioni provenienti da stazioni appaltanti ed operatori economici, si è reso necessario stabilire se le norme riguardanti la contabilizzazione dei lavori - attualmente previste dal d.P.R. n. 554/99 in materia di appalti - debbano trovare applicazione anche nel caso delle concessioni di lavori. Pertanto, la determinazione adottata, oltre a dar conto dell'inquadramento giuridico delle concessioni a livello comunitario e nazionale - con particolare riguardo agli elementi distintivi rispetto all'appalto ed alle norme del Codice che ne disciplinano l'affidamento - chiarisce che nel contratto di concessione debbono essere stabilite le modalità di rendicontazione e di contabilizzazione dei lavori, in relazione alla fattispecie concreta, al fine di consentire al concedente di esercitare in maniera efficace i propri poteri di controllo e vigilanza.

**Normativa  
applicabile  
nell'esecuzione  
dei lavori da  
parte del  
concessionario**