

Decreto "SALVA ITALIA"

Le principali novità introdotte nel settore

Gennaio 2012

Con la Legge n. 214 del 22 dicembre 2011 è stato definitivamente convertito in Legge il Decreto Legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante “Disposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il consolidamento dei conti pubblici”.

Nel capo IV del Titolo IV del testo del Decreto, convertito con modificazioni, sono previste alcune importanti disposizioni di interesse per il settore, peraltro illustrate brevemente dall’Ance in occasione dell’adozione dello stesso Decreto Legge.

Di seguito, si commentano le principali novità.

L’art. 41 del testo del Decreto Legge convertito dalla Legge n. 214/2011, intervenendo sulle opere di interesse strategico, introduce alcune importanti modifiche al Codice dei contratti pubblici, dalle quali si evince la generale volontà del legislatore di accelerare e snellire la procedura di realizzazione delle grandi infrastrutture e delle opere soggette alla valutazione del CIPE.

- Fra queste, ad esempio, dev’essere segnalata la riscrittura, ad opera del comma 1 dell’art. 41, dei commi 1-bis e 1-ter dell’art. 161 del Codice dei contratti pubblici, e l’introduzione, nella stessa disposizione, del comma 1-quater.

Nel comma 1-bis vengono stabiliti i **criteri di individuazione delle infrastrutture di interesse prioritario da inserire nel Documento di finanza pubblica**; tali criteri consistono nella coerenza con l'integrazione con le reti europee e territoriali, nello stato di avanzamento dell'iter procedurale e nella possibilità di prevalente finanziamento con capitale privato. Nel successivo comma 1-ter viene previsto che per le infrastrutture individuate nel comma 1-bis debbano essere indicate le opere da realizzare, il cronoprogramma di

attuazione, le fonti di finanziamento della spesa pubblica e la quantificazione delle risorse da finanziare con capitale privato. Quanto, poi, al comma 1-quater, esso prevede che per ogni infrastruttura i singoli soggetti aggiudicatori presentino uno studio di fattibilità al Ministero delle Infrastrutture, affinché effettui una verifica sull'attendibilità e bancabilità entro 60 giorni dalla comunicazione.

- Sempre nel Codice dei contratti viene introdotto, ad opera del comma 2 dell'art. 41, l'art. 169-bis, che disciplina la **procedura di approvazione unica del progetto preliminare**. Di rilievo, nella disposizione in commento, la previsione secondo cui il CIPE può approvare i progetti preliminari relativi ad opere di interesse strategico previa proposta del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, subordinatamente alla verifica dell'esistenza della copertura integrale del progetto. Viene prevista, inoltre, la fissazione di un termine perentorio in caso di opere finanziate a carico della finanza pubblica, a pena di decadenza dell'efficacia della delibera e del finanziamento per l'approvazione del progetto definitivo. Nella seconda parte del comma 1 viene inoltre, previsto che nel caso di approvazione unica del progetto preliminare, che comporta gli effetti dell'articolo 165, comma 7, del Codice dei contratti, il progetto definitivo è approvato con decreto del Ministro delle infrastrutture di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare per i profili di rispettiva competenza, sentito il Dipartimento per la programmazione economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, con le modalità descritte dallo stesso art. 169-bis e previ rispetto delle condizioni di cui al comma 2. Da ultimo, viene previsto che il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti fornisce al CIPE comunicazione periodica sulle avvenute approvazioni dei progetti definitivi e sullo stato di avanzamento delle opere. La previsione introduce indubbiamente uno snellimento procedurale, poiché

in precedenza, nelle ipotesi in commento, era sempre necessaria la nuova approvazione del CIPE sul progetto, adesso, invece, demandata al Ministero. Sempre nell'art. 169-bis vengono, poi, illustrate la procedura ed i termini per l'approvazione del progetto definitivo.

- A seguito della conversione in Legge del Decreto Legge n. 201/2011 viene modificato il testo dell'art. 175 del Codice degli appalti pubblici, relativo alla **finanza di progetto**. Dopo le modifiche introdotte dal comma 5-bis del Decreto Legge n. 201/2011, il comma 2 del nuovo testo dell'art. 175 prevede che, ai fini dell'inserimento dell'intervento nella lista delle opere da realizzare, i soggetti aggiudicatori rimettono lo studio di fattibilità al Ministero, affinché ne curi l'istruttoria e lo rimetta al CIPE. Quest'ultimo, in caso di valutazione positiva, indica le eventuali risorse pubbliche destinate al progetto e che devono essere disponibili a legislazione vigente e mantenute disponibili per i progetti approvati fino alla loro realizzazione. Nel comma 4 viene previsto, inoltre, che il soggetto aggiudicatore, entro novanta giorni dalla data in cui diventa efficace la delibera CIPE di approvazione dello studio di fattibilità, provvede alla pubblicazione del bando sulla base di quest'ultimo. Il successivo comma 5 si occupa del contenuto del bando, stabilendo nel dettaglio cosa debba specificare. Il comma 6 stabilisce, inoltre, che l'offerta dev'essere aggiudicata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e valutata anche tenendo conto della qualità del progetto preliminare presentato, del valore economico e finanziario del progetto e del contenuto della bozza di convenzione. Ai sensi del comma 7, inoltre, l'offerta dev'essere corredata dalle garanzie e delle cauzioni di cui all'art. 153, comma 13, primo periodo, mentre secondo il comma 8 è vincolante per il periodo indicato nel bando, comunque non inferiore a un anno dalla presentazione dell'offerta stessa. Dev'essere, inoltre, rilevato che il comma 10 stabilisce che il

progetto preliminare predisposto dal promotore è approvato dal CIPE unitamente allo schema di convenzione e al piano economico finanziario, e prevede, inoltre, che la mancata approvazione non determina alcun diritto in capo all'offerente con riguardo alle prestazioni e alle attività già svolte. Il soggetto aggiudicatore, ai sensi del comma 11, procede all'aggiudicazione e alla stipula del contratto di concessione nei termini e alle condizioni di cui al comma 5, lettere b) e c). Nel caso in cui risulti aggiudicatario della concessione un soggetto diverso dal promotore, quest'ultimo ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario definitivo, dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta e al rimborso dei costi sostenuti per le integrazioni di cui al comma 9. Ai sensi, poi, del comma 13, è facoltà dei soggetti di cui all' articolo 153, comma 20, presentare al soggetto aggiudicatore studi di fattibilità relativi alla realizzazione di infrastrutture inserite nel programma di cui all' articolo 161, non presenti nella lista individuata dall'articolo in commento. Ai fini dell'inserimento dell'intervento nella lista, quindi, il soggetto aggiudicatore trasmette lo studio di fattibilità al Ministero il quale, svolta l'istruttoria, lo sottopone al CIPE per l'approvazione. Come espressamente stabilito dalla norma, l'inserimento dell'intervento nella lista non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti.

Nel successivo, ed ultimo, comma 14 viene introdotta la facoltà per i soggetti di cui all'art. 153 comma 20 di presentare al soggetto aggiudicatore le proposte per la realizzazione di infrastrutture inserite nel programma per gli insediamenti produttivi privati strategici, di cui all'art. 161 del Codice dei contratti. Anche in tal caso, viene dettagliatamente descritta la procedura che segue alla proposta del promotore. La proposta viene rimessa dal soggetto aggiudicatore al Ministero, che ne cura l'istruttoria ai sensi dell' articolo 165, comma 4. Il progetto preliminare è approvato dal CIPE ai sensi dell' articolo

169-bis, unitamente allo schema di convenzione e al piano economico-finanziario. Il soggetto aggiudicatore ha facoltà di richiedere al proponente di apportare alla proposta le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione da parte del CIPE. Se il proponente apporta le modifiche richieste, assume la denominazione di promotore e la proposta è inserita nella lista di cui al comma 1 ed è posta a base di gara per l'affidamento di una concessione ai sensi dell' articolo 177, gara cui partecipa il promotore. Se il promotore non partecipa alla gara, il soggetto aggiudicatore incamera la cauzione di cui all' articolo 75. I concorrenti devono essere in possesso dei requisiti di cui all' articolo 153, comma 8. Il soggetto aggiudicatore valuta le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Da ultimo, viene previsto che se il promotore non risulta aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, nei limiti indicati nel piano economico-finanziario.

L'art. 42 del testo del Decreto Legge oggetto di conversione contiene, invece, misure per incentivare l'impiego di capitali privati nella realizzazione delle opere pubbliche, a tal fine intervenendo su alcune disposizioni del Codice dei contratti.

- Viene, ad esempio, sostituito con una nuova previsione il comma 5 dell'art. 143 del citato Codice, relativo alla **cessione dei beni immobili nelle concessioni di lavori pubblici**. Ciò ad opera del comma 1 dell'art. 42 del Decreto Legge. La disposizione prevede che le amministrazioni possano prevedere nel piano economico finanziario e nella convenzione, a titolo di prezzo, la cessione in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili nella loro disponibilità o allo scopo espropriati, purché la cessione sia necessaria all'equilibrio economico finanziario della concessione. Le modalità di utilizzazione o valorizzazione dei beni immobili

devono essere definite unitamente all'approvazione del progetto, ai sensi dell'art. 97, e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico finanziario della concessione. Com'è evidente, la nuova disposizione supera la precedente formulazione, che imponeva sia un vincolo di connessione strumentale o fisica fra il bene ceduto e l'opera da affidare in concessione, sia la possibilità di cedere immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico; l'eliminazione di tale previsione desta notevole perplessità, in quanto lascia intravedere il rischio che ambiti notevoli di sviluppo urbano siano sottratti al mercato e lasciati ai concessionari. Scompare, altresì, dal comma in commento, il richiamo all'art. 53, commi 6, 7, 8, 11, 12. Merita, quindi, valutazione positiva, la circostanza che il mancato richiamo ai commi 6 e 7 non subordina più il trasferimento di proprietà degli immobili all'approvazione del certificato di collaudo, con indubbio favore per i concessionari.

- Sempre mediante una modifica ai commi 1 e 4 dell'art. 143, ad opera dei commi 2 e 3 dell'art. 42, il legislatore interviene sulla **gestione delle concessioni**. Infatti, al fine di favorire l'apporto di capitale privato nella realizzazione di infrastrutture pubbliche, viene previsto che per le nuove concessioni si possa estendere l'ambito gestionale del concessionario anche ad opere o parti di opere in tutto o in parte già realizzate, e che siano direttamente connesse a quelle oggetto della concessione. La disposizione in commento consente, quindi, ai concessionari di anticipare l'afflusso dei proventi della gestione.

- L'ulteriore intervento sul comma 8 dell'art. 143, ad opera dei commi 4 e 5 dell'art. 42, fa sì che nel caso di concessioni di importo superiore ad un miliardo di euro la durata possa essere stabilita fino a cinquanta anni, al fine di assicurare il rientro del capitale investito e l'equilibrio economico-

finanziario. Tale disposizione, secondo quanto previsto dal comma 5 dell'art. 42 del testo normativo in esame, è applicabile solo alle nuove concessioni, ossia a quelle i cui bandi siano pubblicati dopo l'entrata in vigore del Decreto n. 201/2011. Occorre precisare che, ad avviso dell'Associazione scrivente, la disposizione in commento appare di difficile comprensione, poiché introduce solo per gli interventi di grande dimensione un limite di tempo per la durata della concessione superiore a quello "ordinario" di trent'anni.

- I commi 6 e 7 dell'art. 42 del testo convertito in Legge di conversione riguardano **l'ISVAP e la materia degli investimenti in infrastrutture a copertura delle riserve tecniche**. Viene, infatti, previsto che l'ISVAP debba stabilire a quali condizioni le imprese di assicurazioni possano utilizzare gli attivi costituiti da investimenti nelle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, ospedaliere, delle telecomunicazioni e della produzione e trasporto di energia e fonti energetiche, a copertura delle riserve tecniche. Tali investimenti possono essere azioni di società esercenti la realizzazione e la gestione delle infrastrutture, obbligazioni emesse da queste ultime e da quote di fondi comuni di investimento che investano in tali iniziative.

- Il comma 8 dell'art. 42 **estende alle infrastrutture portuali e ferroviarie la disposizione in merito al *project financing***, prevista dalla Legge di stabilità per il 2012 con riferimento alle opere autostradali. Quest'ultima ha introdotto la possibilità di prevedere, in sostituzione parziale o integrale del contributo pubblico, la defiscalizzazione del reddito delle società di progetto, costituite per la realizzazione in *project financing* delle opere.

L'art. 43 contiene importanti misure in materia di concessioni autostradali.

- I commi da 1 a 4 della disposizione in commento introducono, infatti, una **disciplina semplificata per l'approvazione degli aggiornamenti e delle revisioni delle convenzioni relative alle concessioni autostradali, stabilendo che, ove comportino variazioni o modificazioni al piano degli investimenti, o ad aspetti di carattere regolatorio a tutela della finanza pubblica, siano sottoposti al parere del CIPE**; l'approvazione è demandata ad un Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, sentito il Ministero dell'economia e delle Finanze, da adottare entro trenta giorni dalla trasmissione dell'atto convenzionale da parte dell'amministrazione concedente.

- Nel comma 5 dell'art. 43 viene inoltre ribadito il principio secondo cui le **concessioni autostradali** che abbiano ad oggetto la sola gestione o la costruzione e gestione dell'infrastruttura debbano essere affidate sempre mediante gara. Sono fatte salve le concessioni già assentite alla data del 30.6.2002, i cui titolari, peraltro, ai sensi dell'art. 253, c. 25, del Codice dei contratti, sono tenuti ad affidare a terzi, con procedura di gara, una percentuale minima del 40% dei lavori.

L'art. 44 del testo del Decreto convertito in Legge contiene disposizioni in materia di appalti pubblici.

- I commi 1 e 2 della disposizione intervengono sulle **disposizioni relative al costo del lavoro**; il comma 1, infatti, stabilisce che, al fine di garantire la piena salvaguardia dei diritti dei lavoratori, nonché la trasparenza nelle procedure di aggiudicazione delle gare d'appalto, l'incidenza del costo del lavoro nella misura minima garantita dai contratti vigenti e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro restano disciplinati dall'art. 86, commi 3-bis e 3-ter, 87, commi 3 e 4, 89, c. 3, del

Codice dei contratti; dall'art. 36 della L. n. 300/1970; 26, c. 5 e 6, e 27 del D.Lgs. n. 81/2008. Il comma 2, invece, dispone l'abrogazione dell'art. 81, comma 3-bis, del Codice dei contratti. Si ricorda che tale ultima disposizione imponeva l'esclusione del costo del lavoro dal ribasso offerto nelle procedure di affidamento nei contratti pubblici. La norma in commento, com'è noto, aveva sollevato numerose controversie interpretative. Come si ricorderà, le due interpretazioni principali erano state fornite da Itaca e dall'Autorità di Vigilanza; secondo la prima, basata sul dato letterale, per costo del personale si doveva intendere il costo complessivo, determinato moltiplicando il costo orario per il numero delle ore lavorative necessarie per eseguire le lavorazioni previste nell'appalto. Tale costo avrebbe dovuto essere determinato nel bando di gara e non sarebbe stato soggetto a ribasso analogamente a quanto avviene per i costi della sicurezza; di conseguenza, il ribasso avrebbe dovuto essere effettuato e giustificato esclusivamente in relazione agli altri elementi che compongono i prezzi, quali i materiali, i trasporti, noli, attrezzature, spese generali ed utili. Tale interpretazione, ad avviso dell'Anace, meritava una valutazione positiva, in quanto aveva il pregio di favorire il contenimento dei ribassi, dal momento che sottraeva al ribasso stesso una buona parte del prezzo di appalto ed avrebbe potuto contrastare la concorrenza di imprese poco strutturate e propense ad utilizzare lavoro nero. Secondo la tesi dell'Autorità di Vigilanza, invece, l'espressione "costo del personale" indicata nell'art. 81, comma 3 bis, avrebbe dovuto essere intesa come costo orario, che non può essere inferiore al minimo salariale. La disposizione, ad avviso dell'Autorità, non avrebbe riguardato il numero delle ore lavorative necessarie per effettuare l'opera, dipendendo queste dall'organizzazione dell'impresa. L'abrogazione della disposizione in commento, tuttavia, supera definitivamente le controversie interpretative in merito al tema esposto.

- Il comma 3 dell'art. 44 introduce nell'art. 132 del Codice dei contratti un regime transitorio per le varianti, precisando che le modifiche apportate dal D.L. n. 70/2011 all'art. 132 ed all'art. 169, in merito alle limitazioni alle somme utilizzabili per le varianti, si applicano solo ai contratti stipulati successivamente alla data di entrata in vigore dello stesso D.L.; nella stessa disposizione viene, conseguentemente, previsto che ai contratti già stipulati alla data di entrata in vigore del Decreto Sviluppo continuano ad applicarsi sia l'art. 132 che l'art. 169, nel testo vigente prima della modifica di cui sopra.

- Il comma 5 dell'articolo in commento **sopprime l'art. 12 della L. n. 180/2011, c.d. Statuto delle Imprese**; la disposizione in questione aveva innalzato da 100.000 a 193.000 euro la soglia prevista dall'art. 91, comma 1 del Codice degli appalti per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria mediante procedura negoziata senza bando. Con la modifica in commento, pertanto, la soglia torna a 100.000 euro.

- Il comma 6 dell'art. 44 **aggiunge le fattispecie di liquidazione coatta e di concordato preventivo, nonché il recesso per informazione antimafia interdittiva**, alle fattispecie o ai casi in presenza dei quali le stazioni appaltanti possono procedere **all'interpello del secondo classificato in graduatoria in una procedura di gara**.

- Il comma 7 dell'art. 44 introduce direttamente nel Codice dei contratti le **disposizioni volte a favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici**. Mediante la modifica normativa, infatti, nell'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006 vengono introdotti i commi 1-bis e 1-ter; il primo stabilisce che le stazioni appaltanti debbano, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali, mentre il secondo dispone che la realizzazione di grandi infrastrutture, nonché delle connesse opere integrative o compensative,

debba garantire modalità di coinvolgimento delle piccole e medie imprese. I principi in commento, già ripresi nello Statuto delle Imprese, sono volti a favorire l'accesso al mercato dei lavori pubblici delle piccole e medie imprese, che costituiscono la maggioranza del tessuto industriale italiano; ciò merita il sicuro apprezzamento dell'Ance, che ha sempre sostenuto la necessità di favorire la partecipazione delle realtà di piccola e media dimensione alla realizzazione delle grandi opere. Ciò vale soprattutto alla luce del delicato momento che sta attraversando il settore edile, in cui è necessario individuare gli strumenti di una concreta ed effettiva ripresa economica. Suscita, tuttavia, perplessità, la scelta del legislatore di subordinare la valutazione della suddivisione in lotti alla convenienza economica della stessa, discostandosi dal testo dello "Statuto delle imprese" che, invece, si limitava ad escludere che tale suddivisione generasse nuovi o maggiori oneri finanziari e amministrativi.

- Il comma 8 introduce, **per i lavori di importo a base di gara superiore a 20 milioni di euro, da affidarsi con la procedura ristretta di cui all'art. 55 comma 6, l'obbligo di indire una consultazione preliminare**, in cui sia garantito il contraddittorio tra le parti. La disposizione interviene, infatti, sull'art. 120 del Codice degli appalti, introducendo, sostanzialmente, una fase di contraddittorio fra le parti coinvolte dalla procedura, che possa fungere quale momento di confronto circa le incertezze sugli elaborati progettuali. Il successivo comma 9 della disposizione in commento, poi, stabilisce che la modifica normativa apportata all'art. 120 debba applicarsi alle procedure i cui bandi o avvisi di gara siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto. Resta, tuttavia, da rilevare che manca una chiara definizione delle modalità di svolgimento della fase di contraddittorio fra le parti coinvolte dalla consultazione.

Occorre, inoltre, segnalare le novità introdotte nell'ordinamento dall'art. 44-bis del Decreto Salva Italia, come risultante dalla conversione in Legge.

- Viene, infatti, istituito presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, **l'elenco-anagrafe delle opere pubbliche incompiute**. Ai sensi del comma 1 dell'articolo, si qualificano come tali le opere non completate per mancanza di fondi, per cause tecniche, per sopravvenute nuove norme tecniche o disposizioni di legge, per il fallimento dell'impresa appaltatrice o per il mancato interesse al completamento da parte del gestore. Ai sensi del comma 2, sono da considerare incompiute anche quelle opere che non rispondono ai requisiti del capitolato o del progetto esecutivo, e, quindi, che non sono fruibili dalla collettività.

Ai sensi del comma 4, l'elenco dovrà essere articolato a livello regionale; viene, infatti, previsto che ogni assessorato regionale competente per le opere pubbliche dovrà costituire un proprio elenco, che dovrà elencare le opere a seconda della possibilità del loro riutilizzo ed indicare, altresì, i criteri per il loro possibile impiego per altre destinazioni. Infine, si segnala che, ai sensi del comma 6, entro tre mesi dall'entrata in vigore della Legge di conversione del Decreto e, dunque, entro tre mesi dal 28 dicembre 2011, il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti dovrà stabilire con proprio regolamento le modalità di redazione dell'elenco, di formazione della graduatoria nonché i criteri di iscrizione delle opere, tenendo conto dello stato di avanzamento lavori ed evidenziando le opere vicine al completamento.

- **Da ultimo, merita di essere segnalata la previsione contenuta nell'art. 45 del Decreto in commento, che introduce nel comma 2-bis dell'art. 16 del D.P.R. n. 380/2001 la previsione secondo cui l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria sotto soglia a scomputo degli oneri**

concessori è a carico del titolare del permesso di costruire, e non è soggetta all'applicazione del Codice dei contratti. Nel caso in commento, quindi, l'esecutore dei lavori non dovrà esperire la procedura negoziata di cui all'art. 57, comma 6, del Codice dei contratti, ma potrà realizzarle direttamente. La modifica normativa in commento, merita il sicuro apprezzamento dell'Ance, che ha sempre sostenuto l'esigenza di consentire agli esecutori dei lavori di realizzare contestualmente, e senza eccessivi aggravii, le opere strettamente connesse a quelle principali, per garantire la funzionalità stessa delle opere principali.