

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

La normativa italiana rappresenta la trasposizione delle Direttive Comunitarie n.17 e 18 del 2004

Nel nostro Paese la trasposizione delle nuove Direttive Comunitarie n. 17 e 18 del 2004 ha costituito l'emanazione del Nuovo Codice degli Appalti o "Codice De Lise". Come è noto il 23 marzo scorso il Governo ha varato, in base alla delega contenuta nell'art. 25 della legge 18 aprile 2005 n. 62 (legge comunitaria del 2004), il decreto legislativo recante il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture apportando così significative modifiche alla legislazione nazionale sugli appalti il cui principale riferimento per quanto riguarda i lavori è la legge Merloni (109/1994).

Da tempo vi era la necessità, a livello comunitario, di operare una riforma relativa alla normativa in materia di appalti pubblici, cercando di dare una semplificazione complessiva della materia senza d'altro canto rinnovare tutta la normativa disciplinata dalla Merloni, ma intervenendo solo in alcuni punti che così riassumiamo:

- 1) unificazione delle norme relative ai tre settori: lavori, forniture e servizi;
- 2) introduzione di nuovi istituti per rendere più flessibile e moderna l'attività contrattuale della P.A. (come l'accordo quadro, il dialogo competitivo etc).

Arrivano però le prime critiche da alcune parti degli operatori del settore (associazioni di categoria, stazioni appaltanti etc) ed emergono timori per le incertezze normative: questo perché ritengono che in primis nessuno degli operatori ha avuto modo di partecipare seriamente alla discussione in merito ed in secondo luogo perché sarebbe stato più utile procedere ad un primo recepimento delle direttive e successivamente all'emanazione di un nuovo codice.

In ogni caso il Codice entrerà in vigore 60 giorni dopo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e specificatamente il 1 Luglio 2006, salvo imprevisti dovuti al nuovo Governo, e troverà applicazione solo ai bandi pubblicati dopo la sua entrata in vigore.

Alcune norme saranno comunque sufficientemente precise da essere considerate immediatamente applicabili mentre per altre l'applicazione non è così scontata, in quanto la giurisprudenza italiana tende a far prevalere la disciplina nazionale quando è restrittiva.

Ciò premesso è opportuno specificare le principali novità del Codice, composto da 257 articoli e 22 allegati, così come appaiono da una prima lettura e veniamo brevemente ad indicare quale tra queste sono state le maggiori innovazioni :

A) E' stato ampliato il ricorso alla *trattativa privata*, rispetto alla tradizionale chiusura operata dalla Merloni che all'art. 24 dà una disciplina più restrittiva delle ipotesi in cui si può fare ricorso a tale forma di contrattazione rispetto alla nuova direttiva comunitaria.

Ora con la nuova disciplina si lascia più libertà di scelta dell'appaltatore alle stazioni appaltanti: infatti prima la procedura negoziata sopra la soglia europea veniva applicata solo per i casi di lavori d'urgenza quali le calamità naturali.

Anche il sistema di aggiudicazione viene rivisto lasciando maggiore discrezionalità alle stazioni appaltanti nella scelta tra l'offerta "economicamente più vantaggiosa" e il "massimo ribasso".

B) Una altra novità da considerare di derivazione prettamente comunitaria è il cosiddetto "*istituto dell'avvalimento*", anche se una tipologia simile la troviamo nel DPR

34/2000 sottoforma di avvalersi dei lavori portati dal Direttore Tecnico di un'altra impresa.

Veniamo quindi ad evidenziare come sia gli operatori del settore che le stazioni appaltanti dovranno comportarsi con questo nuovo istituto.

L'art. 49 sancisce il principio secondo il quale una Società utilizza e fa proprie le capacità tecnico-economiche di un'altra, al fine di rispettare i requisiti richiesti dal Bando di gara, essendogli altrimenti preclusa la partecipazione per le gare specifiche di lavori, servizi e forniture. Detto istituto rischia però di aggirare, nell'ambito della disciplina nazionale, sia la normativa sul sub-appalto che quello sul sistema di qualificazione delle imprese (SOA). Infatti non è chiaro quali possono essere i rapporti con le Soa, il cui fine è proprio quello di garantire alla stazione appaltante l'idoneità delle Imprese ad effettuare correttamente i lavori ad essa affidati.

Per questi motivi il codice De Lise per aggirare il rischio che il nuovo imprenditore sia solo una scatola vuota dove acquisisce l'appalto privo dei requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti, ha predisposto che l'impresa concorrente all'appalto dovrà presentare alla stazione appaltante, oltre all'attestato SOA proprio e dell'impresa ausiliaria, anche la seguente documentazione:

- 1- Dichiarazione attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria.
- 2- Dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di ordine generale;
- 3- Dichiarazione dell'impresa ausiliaria attestante il possesso dei requisiti di cui sopra;
- 4- Dichiarazione dell'impresa ausiliaria con la quale la stessa si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata della gara le risorse necessarie di cui è carente l'impresa concorrente;

- 5- Dichiarazione dell'impresa ausiliaria con la quale attesta di non partecipare alla gara in proprio o in associazione, o consorziata o in situazione di controllo con le altre che vi partecipano;
- 6- Contratto in originale o copia autentica nel quale l'impresa ausiliaria si obbliga verso la concorrente a mettere a disposizione le risorse necessarie ed i requisiti per la durata della gara;
- 7- Dichiarazione sostitutiva dell'impresa concorrente attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, nel caso di avvalimento "infragrupo".

Rimane inoltre restrittivo il Codice De Lise per quanto riguarda la normativa "antimafia" la quale si applica anche nei confronti del soggetto ausiliario.

Anche le Soa dovranno adeguarsi a tale innovazione e l'art. 50 ne stabilisce i principi.

Per conseguire l'attestato SOA, l'impresa dovrà seguire i seguenti criteri:

- a) tra l'impresa che si avvale dei requisiti e l'impresa ausiliaria deve esistere un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359, commi 1 e 2 c.c. cosiddette società controllate e società collegate (tale possibilità viene concessa anche alle A.T.I. ed alle consorziate e consorziande).
- b) l'impresa ausiliaria dovrà mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell'impresa "ausiliata" per tutto il periodo di validità dell'attestazione SOA, obbligandosi con una dichiarazione resa anche alla stazione appaltante;
- c) entrambe le imprese dovranno comunicare le circostanze che faranno venir meno la messa a disposizione delle risorse;
- d) l'omissione di quanto sopra produrrà la sospensione dell'attestazione SOA, da parte dell'Autorità, per entrambe le imprese (da sei mesi a tre anni!).

Pertanto le imprese possono avvalersi di macchinari, di tecnologie particolari e poco diffuse, possedute da una sola impresa ed in ogni caso il cosiddetto prestito dei requisiti obbliga la società cedente ad essere obbligata in solido con la società che ottiene i requisiti. Importante inoltre sottolineare che tutte le dichiarazioni sottoscritte dall'impresa "ausiliaria" dovranno essere sottoscritte anche dalla concorrente che potrà comunque avvalersi solo di una impresa ausiliaria.

Altre significative novità le possiamo trovare in altri istituti, taluni nuovi, quali l'appalto integrato, il dialogo competitivo, l'accordo quadro, le aste elettroniche e l'appalto *in house*, argomenti questi che verranno trattati in momenti successivi.

In qualità di operatore del settore, la SOALaghi spa, coglie nella nuova Legge, la presenza di diversi elementi normativi già regolamentati dalla stessa Legge Merloni. Infatti teniamo presente che nell'ambito della 109/94 e precisamente l'art. 8, veniva proposto un sistema di qualificazione attuato mediante organismi di diritto privato di attestazione (autorizzati dall'Autorità di cui all'art. 4) denominate successivamente all'emanazione del DPR 34/2000: SOA.

Il DPR 34/2000 è venuto così a regolamentare in maniera più specifica il settore delle costruzioni mediante le SOA e la nuova legge comunitaria conferma pienamente la necessità del sistema di qualificazione.

Ora molto probabilmente le SOA, sempre e comunque sotto il controllo dell'Autorità, verranno ad esplicitare la loro attività anche con riferimento agli appalti di forniture e servizi così come il Nuovo Codice lascia prevedere.

Dovremo comunque, viste le premesse, attendere l'entrata in vigore del Codice per toccare con mano tutti i punti a favore di questa innovazione, ricercando sempre un equilibrio tra le istanze provenienti dal mercato e l'esigenza di garantire la migliore tutela delle stazioni appaltanti.