

Breve commento alla Legge Regionale sui contratti pubblici n.12-2011

5 agosto 2011

Sul suppl. ord. della g.u.r.s. del 14 luglio scorso n. 30 è stata pubblicata la legge in oggetto, riguardante *“Disciplina dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Recepimento del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e successive modifiche ed integrazioni e del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 e successive modifiche ed integrazioni. Disposizioni in materia di organizzazione dell’Amministrazione regionale. Norme in materia di assegnazioni di alloggi. Disposizioni per il ricovero di animali”*, che è **entrata in vigore il 29 luglio u.s.**

Art. 1. Applicazione della normativa nazionale.

Rappresenta il principio ispiratore della legge e la novità più significativa.

La norma dispone l’applicazione nel territorio della Regione, del decreto legislativo n. 163/06 (Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) e succ. mod. ed int. e del decreto del Presidente della Repubblica n. 207/10 (Regolamento di esecuzione del D.lgs. n. 163/06) e succ. mod. ed int.

Del primo provvedimento (Codice cc.pp.) non si applicano in Sicilia, in quanto aventi una disciplina diversa contenuta nella stessa legge in oggetto, i seguenti articoli:

- art. **7** commi 8 e 9 (comunicazioni all’Osservatorio dei cc.pp.);
- art. **84** commi 1-4, 8-12 (commissione giudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa);
- art. **128** (programmazione dei lavori pubblici);
- art. **133** comma 8 (aggiornamento prezzi).

Del secondo provvedimento (Regolamento del Codice cc.pp.) non si applicano in Sicilia le parti riferibili ai precedenti articoli del Codice espressamente dichiarati non applicabili. La norma, pur non indicandolo nel presente articolo, modifica anche gli articoli 91 (procedure di affidamento), 108 (concorso di idee) e 109 (concorso in due gradi) del Codice cc.pp.

Finalmente la normativa regionale sui lavori pubblici si allinea a quella nazionale, come era già sostanzialmente avvenuto, con la L.R. 7/2002, per la disciplina sugli appalti di forniture e servizi. E’ un processo che va nella direzione della maggiore chiarezza e semplificazione normativa, superando il coacervo di disposizioni che si era creato negli anni e che, avendo come base di riferimento la L.109/1994, aveva prodotto la c.d. “Merloni siciliana”.

Il legislatore non rinuncia tuttavia completamente alla propria potestà esclusiva in materia di lavori pubblici e aggiunge alla presente legge una serie di articoli che

ripropongono alcune peculiarità relative al sistema degli appalti nella Regione Sicilia e introducono anche qualche novità.

All'art. 33, per favorire la lettura della norma, si prevede che dovrà essere pubblicato il testo del Codice cc.pp. coordinato con le modifiche introdotte.

Principali variazioni rispetto al Codice cc.pp.

L.R. 12/2011	Modifica introdotta	Codice cc.pp.
art. 4 comma 6	Comunicazioni sui dati relativi agli appalti pubblicizzate a mezzo stampa.	art. 7 commi 8-9
art. 6	Specificata disciplina sulla programmazione dei lavori pubblici.	art. 128
art. 7 comma 1	Emanati bandi tipo da adottare nella Regione.	art. 64 comma 4-bis
art. 7 comma 2	Aggravio della cauzione definitiva in caso di ribasso maggiore del 10%.	art. 113 comma 1
art. 7 comma 2	Pagamento diretto dei terzi affidatari del contraente generale.	art. 176 commi 7-9
art. 8	Costituzione con sorteggio della commissione giudicatrice in caso di offerta econ. più vantaggiosa (OEPV).	art. 84
art. 9	Istituito l'Ufficio regionale per l'espletamento di gare per l'appalto di lavori. Commissione sorteggiata se OEPV.	non presente
art. 10	Aggiornamento ogni 24 mesi del prezzario regionale.	art. 133 comma 8
art. 14 comma1	Introdotta il comma 5-bis che favorisce la procedura del concorso di idee.	art. 91
art. 14 commi 2-6	Diversa regolamentazione del concorso di idee. Articolo pubblicato senza le parti impugnate.	art. 108 commi 3-6
art. 14 commi 2-6	Concorso in due gradi con affidamento della progettazione successiva al vincitore.	art. 109 comma 1
art. 19 comma 2	Ripartizione dei punteggi in caso di OEPV. Ruolo del costo del lavoro e dell'utile d'impresa.	artt. 81 e 83
art. 19 comma 6	Esclusione automatica offerte anomale se appalti transfrontalieri – norma non transitoria.	art. 253 comma 20-bis
art. 19 comma 7	Utile minimo d'impresa pari al 4% nella giustificazione dell'offerta anomala.	Art. 87

Analisi degli articoli più significativi.**Art. 4. Istituzione del Dipartimento regionale tecnico.**

L'Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità è riorganizzato istituendo il Dipartimento regionale tecnico accanto al già presente Dipartimento regionale delle infrastrutture, della mobilità e dei trasporti.

Tra i compiti principali vi sono: la progettazione, direzione e collaudo dei lavori di competenza regionale; consulenza tecnica agli enti locali della regione; redazione del prezzario regionale OO.PP.; ispezioni sui lavori a seguito di richiesta degli altri rami dell'Amministrazione regionale; raccolta dei dati relativi all'intero ciclo di realizzazione dei cc.pp.; gestione dell'anagrafica delle stazioni appaltanti e delle imprese.

Sono articolazioni funzionali del nuovo dipartimento gli uffici provinciali del Genio civile e l'Ufficio regionale per l'espletamento di gare di appalto (Urega).

Le attività svolte dal Dipartimento erano già oggetto di diversi uffici all'interno dell'assessorato per cui la riorganizzazione dovrebbe riguardare solo l'inquadramento sotto la nuova Direzione. Rimane in vita l'Ufficio speciale "Osservatorio regionale dei contratti pubblici" anche se è previsto che venga nuovamente istituito e regolamentato.

Si spera che la ratio di questo articolo sia il raggiungimento di una maggiore efficienza dell'attività amministrativa e non la creazione di una nuova posizione dirigenziale. La norma stanziava per le spese derivanti da questa riorganizzazione 70 mila euro nel 2011 e 140 mila euro all'anno per il 2012 e il 2013.

Per quanto riguarda la raccolta di dati sugli appalti, il comma 6 introduce un obbligo, economicamente gravoso, per le stazioni appaltanti in tema di pubblicità, non previsto né dalla precedente normativa regionale né dal Codice cc.pp. Si stabilisce nello specifico che le informazioni da comunicare al Dipartimento, indicate nel precedente comma 5, siano pubblicizzate a mezzo stampa. E' un obbligo aggiuntivo di cui non si comprende la motivazione: il fine di questi dati è di natura statistica mentre le informazioni che occorre pubblicizzare e le modalità da adottare sono già indicate dagli art. 66, 122 e 124 del Codice cc.pp.

Art. 7. Bandi tipo.

L'articolo prevede l'emanazione, con decreto dell'Assessore regionale alle infrastrutture, di bandi tipo che dovranno essere adottati per l'espletamento delle procedure aperte riguardanti l'affidamento di lavori, servizi o forniture.

La prescrizione è di grande utilità perché permetterà di uniformare i modelli esistenti ed evitare clausole anomale generate dalla eccessiva discrezionalità delle stazioni appaltanti. Occorre segnalare che il Codice cc.pp., come modificato dal DL sviluppo 70/2011, prevede già, all'art. 64 comma 4 bis, la predisposizione di bandi tipo approvati dall'Autorità di Vigilanza sui cc.pp. ai quali le stazioni appaltanti debbano attenersi. Si spera pertanto che i bandi emanati in Sicilia si adeguino, ove possibile, al modello dell'Autorità.

Il responsabile del procedimento certifica la corrispondenza del bando al bando-tipo di riferimento. Soltanto in casi eccezionali possono essere inserite specifiche modifiche

che dovranno, a pena di invalidità, essere evidenziate e giustificate in sede di approvazione del bando.

L'articolo dispone inoltre che siano contenute nel bando-tipo due clausole, la prima relativa all' incremento della cauzione definitiva in caso di ribassi elevati, e la seconda relativa al caso di affidamento a contraente generale.

1. Rispetto a quanto prescritto dall' art.113 del Codice cc.pp. (cauzione definitiva) si prevede che, nel caso di ribassi superiori al 10%, la metà della cauzione definitiva in aumento sia costituita con fideiussione bancaria o con contanti o titoli.
In caso di una aggiudicazione con ribasso del 25%, ad esempio, l'art. 113 del Codice cc.pp. stabilisce che, oltre alla cauzione standard del 10%, si dovrà costituire una cauzione aggiuntiva di un ulteriore 20%. Questo 20%, nelle gare bandite in Sicilia, dovrà essere garantito per la metà con fideiussione bancaria, contanti o titoli.
Questo comporta un notevole aggravio economico per l'impresa aggiudicataria e, secondo il legislatore siciliano, potrebbe aiutare a limitare il fenomeno degli eccessi di ribasso. Certamente introdurrà sul mercato un ulteriore fattore di restrizione del credito favorendo le imprese più liquide.
2. Per quanto riguarda la clausola relativa al caso di affidamento al contraente generale (art. 176 del Codice cc.pp.), si prevede che questo depositi presso l'ente appaltante, prima della consegna dei lavori, i contratti di affidamento eventualmente stipulati con soggetti terzi. Lo stesso ente appaltante dovrà provvedere al pagamento diretto dei terzi affidatari, salvo il contraente generale eccepisca delle ragioni ostantive riguardanti inadempimenti. La ratio è quella di evitare che il contraente generale introduca dilazioni ai pagamenti sfruttando il suo rapporto di forza nei confronti del terzo affidatario.

Al comma 3 l'articolo dispone infine che, sempre con decreto dell'Assessore regionale alle infrastrutture, venga emanato il capitolato generale di appalto-tipo. Si ritiene che la dicitura sia errata, e che il legislatore voglia riferirsi al capitolato speciale di appalto-tipo. I documenti-tipo, con le clausole previste, diventano vincolanti una volta pubblicati, ma la norma non indica una scadenza entro cui l'assessorato deve provvedere alla loro emanazione.

Art. 8. Commissione aggiudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per appalti di servizi o forniture ovvero di lavori per importi inferiori a € 1.250.000.

Nel caso di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV) la norma prevede che l'aggiudicazione è demandata ad una specifica Commissione giudicatrice ripetendo quanto prescritto dall' art. 84 Codice cc.pp. di cui si applicano solo i commi 5, 6 e 7.

La peculiarità rispetto alla normativa nazionale riguarda la scelta dei componenti: uno deve essere esperto in materie giuridiche e i commissari diversi dal presidente devono essere individuati mediante sorteggio pubblico tra gli iscritti ad uno specifico albo di esperti istituito, entro il 31 dicembre 2011, presso l'Assessorato infrastrutture (come previsto al comma 7).

Queste condizioni aggiuntive, che forse aggravano il procedimento, sono volte a assicurare l'imparzialità del giudizio e a garantire maggiore credibilità al criterio dell'OEPV.

Gli appalti di lavori superiori a euro 1.250.000 sono esclusi dal presente articolo in quanto l'espletamento della gara è demandato all'Urega.

Art. 9. Ufficio regionale per l'espletamento di gare per l'appalto di lavori (Urega).

Tra le novità più importanti rispetto alla precedente disciplina, rileviamo la competenza di tale ufficio per l'espletamento delle procedure in materia di finanza di progetto e delle gare con l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; altresì, l'adozione, a conclusione delle operazioni di gara, del provvedimento provvisorio di aggiudicazione (a differenza della discipline previgente in cui veniva formulata la "proposta di aggiudicazione provvisoria").

Per quanto riguarda gli appalti da aggiudicarsi con il criterio dell'OEPV, anche in tal caso il legislatore introduce il sistema del sorteggio pubblico dei componenti della Commissione giudicatrice (comma 6).

Entro 60 giorni dalla pubblicazione della legge in oggetto, con decreto del Pres. Regione – previa delibera della Giunta Reg. - alla luce delle nuove competenze, sarà emanato un nuovo Regolamento per il funzionamento dell'Urega in sostituzione di quello attualmente vigente (Decr. Pres. Reg. Sicilia n. 1/05).

Art. 10. Prezzario regionale e aggiornamento prezzi.

La norma dispone che con Decreto del Presidente della Regione, previa deliberazione della Giunta e su proposta dell'Assessore per le infrastrutture, saranno fissati i criteri generali per la formazione del prezzario unico regionale, il quale è adottato con decreto dell'Assessore e deve essere aggiornato ogni ventiquattro mesi.

La norma è peggiorativa rispetto al precedente articolo 18-bis della Merloni siciliana, che prevedeva l'aggiornamento ogni 12 mesi, così come prevede anche il comma 8 dell'art. 133 del Codice cc.pp. Non si spiega perché il legislatore abbia voluto ulteriormente ampliare la differenza tra i prezzi di mercato ed i prezzi dei progetti, riducendo l'attendibilità di questi ultimi.

Rimane confermata, inoltre, la deroga all'aggiornamento dei progetti in caso di parere motivato negativo del RUP fondato sull'assenza di significative variazioni economiche.

Art. 12. Albo unico regionale.

E' istituito presso l'Assessorato per le infrastrutture un albo unico regionale in cui sono iscritti i professionisti ai quali affidare gli incarichi di importo non superiore ad euro 100.000, di cui all'Allegato II A categoria 12 del Codice cc.pp. (servizi attinenti all'architettura, all'ingegneria, all'urbanistica e alla paesaggistica e servizi affini e di sperimentazione). E' un albo a cui devono fare riferimento tutti gli enti e la cui istituzione è volta a garantire una maggiore trasparenza della procedura di affidamento. E' aggiornato con cadenza almeno semestrale.

Si aggiunge all'albo, previsto dal comma 7 dell'art. 8, relativo agli esperti da sorteggiare per la costituzione delle Commissioni esaminatrici in caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Art. 14. Concorsi di idee.

La tecnica legislativa utilizzata in questo articolo è diversa da quella adottata nel resto della legge, in quanto si prevede esplicitamente la modifica di alcuni articoli del Codice cc.pp. non indicati al precedente art. 1.

L'obiettivo è valorizzare la procedura del concorso di idee, come auspicato dagli ordini professionali, utilizzandola per affidare gli incarichi di progettazione.

Questa positiva iniziativa del legislatore è stata in parte tarpata dal Commissario dello Stato che ha impugnato il primo periodo del comma 4, in cui si prevedeva l'affidamento della successiva progettazione al vincitore del concorso di idee.

Il legislatore, pubblicando la legge con la mera esclusione delle parti impugnite, senza verificare la coerenza logica delle parti residue, ha prodotto un articolo che rischia di peggiorare quanto previsto dal Codice cc.pp. eliminandone parti positive senza averle sostituite.

Rimane in vita il favor introdotto per il concorso di idee rispetto al concorso di progettazione, nel caso in cui si ritenga prevalente il valore innovativo dell'idea progettuale (nuovo comma 5-bis dell'art. 91 del Codice cc.pp.) , e la modifica del primo comma dell'art. 109, in cui diventa obbligo la precedente facoltà di affidare l'incarico della progettazione definitiva ed esecutiva al vincitore del concorso in due gradi (idea-progetto).

Art. 19. Criteri di aggiudicazione.

E' l'articolo su cui si è concentrato con maggiore attenzione il legislatore con l'obiettivo di trovare una disciplina, compatibilmente con quanto prescritto dalla normativa europea, per contrastare il crescente fenomeno dei maxi-ribassi ed i conseguenti effetti distorsivi sul mercato.

Gli interventi previsti riguardano tre diverse fattispecie: l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale e la previsione di un utile minimo nella verifica dell'anomalia.

La preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è stata già manifestata dall'Amministrazione regionale con l'Atto di indirizzo del 31 gennaio 2011 tra la Regione, i Comuni e le Province della Sicilia e le Parti sociali.

Nel testo definitivo e approvato della presente legge il favor per questo criterio è presente solo per gli appalti di lavori d'importo superiore alla soglia comunitaria (€ 4.845.000), fermo restando che le stazioni appaltanti hanno comunque la facoltà di ricorrere al criterio del prezzo più basso qualora tale scelta sia più conveniente sotto il profilo della qualità e del prezzo (commi 2 e 3). Nella sostanza quindi rimane

confermata la discrezionalità dell'amministrazione appaltante prevista dall'art. 81 del Codice cc.pp.

Per quanto riguarda la ripartizione dei punteggi, sempre nell'ipotesi di OEPV, il comma 2 prescrive che debbano essere assegnati 60 punti all'offerta tecnica, 30 alla economica e 10 ai tempi di realizzazione e che una parte del punteggio tecnico debba essere attribuito in relazione al costo del lavoro ed alla previsione dell'utile d'impresa. Almeno per quanto riguarda il costo del lavoro, la norma è in contrasto con il nuovo comma 3-bis dell'articolo 81 del Codice cc.pp., introdotto dalla Legge di conversione del DL 70/2011, il quale esclude il costo del personale dalla valutazione dell'offerta migliore in analogia con quanto già previsto per gli oneri di sicurezza.

Il comma 4 stabilisce infine, ribadendo quanto già indicato dalla normativa nazionale (art. 266 Regolamento del Codice cc.pp.), che per gli appalti di servizi attinenti all'architettura, all'ingegneria, all'urbanistica e alla paesaggistica, il criterio di aggiudicazione da applicare è esclusivamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

I commi 5 e 6 riportano l'intervento più atteso: l'estensione ai contratti di lavori d'importo inferiore alla soglia comunitaria (€ 4.845.000) della facoltà per le stazioni appaltanti di utilizzare il sistema dell'esclusione automatica delle offerte anomale, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e l'appalto non ha natura "transfrontaliera".

Per garantire tale facoltà, rispettando i principi sanciti dalla Corte di Giustizia U.E. (sentenze 147/06 e 148/06), il legislatore ha stabilito che gli appalti hanno carattere "transfrontaliero" quando sono di valore superiore alla soglia comunitaria o se di valore inferiore quando siano ammesse, in percentuale pari o superiore al 5%, imprese aventi sede in nazioni dell'Unione europea diverse dall'Italia.

La facoltà di esclusione automatica non è comunque esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a 10.

Quest'articolo è innovativo rispetto a quanto previsto dal Codice cc.pp. che, al comma 20-bis dell'art.253 aggiunto dal DL 70/2011, stabilisce la facoltà di prevedere l'esclusione automatica per le gare d'importo inferiore alla soglia comunitaria, ma solo in via transitoria fino al 31 dicembre 2013. Il legislatore siciliano è stato più coraggioso e non ha posto alcun limite temporale a questa facoltà, il cui utilizzo si è rivelato di estrema utilità nel limitare le offerte eccessivamente aggressive.

Il comma 7 infine riguarda il procedimento di verifica delle offerte anomale ed introduce il concetto di utile minimo: una percentuale di utile d'impresa inferiore al 4% può essere ammessa a giustificazione, comunque rimessa alla valutazione della stazione appaltante, soltanto se il concorrente attesti di non essere aggiudicatario per l'esecuzione di altri lavori pubblici o privati. E' un ulteriore intervento che mira a ostacolare le offerte anormalmente basse.

Art. 23. Norme per l'accelerazione dei procedimenti di finanza di progetto.

Al fine di accelerare l'esecuzione delle opere in project financing, è disposto che le relative procedure in corso di esecuzione o aggiudicate, anche in via provvisoria, prescindono dal parere della Commissione regionale per i lavori pubblici di cui all'art. 5 L.R. 7/02, qualora non reso alla data di entrata in vigore della legge in oggetto

Art. 31 Norme transitorie

Onde evitare che le rilevanti novità introdotte dalla presente legge possano bloccare le attività già avviate dalle stazioni appaltanti, il legislatore ha previsto un ampio periodo transitorio per la loro applicazione.

Gli appalti di lavori, servizi e forniture i cui bandi siano pubblicati (all'albo pretorio, come chiarito dalla Circolare dell'Ass. Reg. Infrastrutture 13 luglio 2011) entro il 31 dicembre 2011, possono essere affidati ed eseguiti sulla base della normativa previgente, fermo restando l'obbligo del loro adeguamento alle previsioni di cui agli articoli 4, 5, 6 e 7 (pareri tecnici, programmazione, bandi tipo).

Di particolare rilevanza è infine il comma 2 il cui obiettivo è accelerare le procedure di spesa dei fondi comunitari e incentivare il mercato dei lavori pubblici, eliminandone il principale ostacolo: la mancanza di progetti.

La disposizione prevede infatti che a decorrere dall'entrata in vigore del Regolamento cc.pp. (lo scorso 8 giugno 2011) possono essere inseriti nei programmi regionali di spesa, quale che ne sia la fonte finanziaria, lavori dotati del livello di progettazione minima prevista dallo stesso Regolamento (progetto preliminare).

In conclusione segnaliamo che il recepimento della normativa nazionale comporta l'applicazione, anche in Sicilia, della procedura negoziata di scelta del contraente. Quest'ultima, in seguito alle recenti modifiche apportate dal DL 70/2011 al comma 7 dell'art. 122 del Codice cc.pp., è permessa, senza previa pubblicazione del bando, per gli appalti di lavori di importo inferiore ad 1 milione di euro (la trattativa privata in Sicilia era limitata a 150.000 euro).