

# I. I REQUISITI PER LA PARTECIPAZIONE ALLE PROCEDURE DI GARA

## QUALIFICAZIONE PER L'ESECUZIONE DI LL.PP. – Capo III, Reg.

- Accertamento tecnico dell' idoneità dell' operatore economico di eseguire una determinata opera/lavoro.
- a) Per contratti di lavori di **importo superiore ai 150.000 euro** il sistema di qualificazione è demandato a soggetti terzi (SOA) aventi natura di diritto privato, ma esercenti una funzione pubblica, secondo criteri determinati.

Il sistema è vincolante per le stazioni appaltanti.

Sussiste però un certo margine di discrezionalità tecnica nell' individuazione e stima delle categorie che compongono l' appalto di lavori

## b) Requisiti per lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 EURO - art. 90

Accertamento della sussistenza dei requisiti da parte della S.A.

- importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente nei 5 anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare;
- costo complessivo sostenuto per il personale dipendente non inferiore al 15% dell'importo dei lavori eseguiti nei 5 anni antecedenti alla data di pubblicazione del bando.

Se rapporto tra tale costo e l'importo dei lavori è inferiore al 15%, allora l'importo dei lavori è figurativamente e proporzionalmente ridotto in modo da ristabilire la percentuale richiesta; l'importo dei lavori così ridotto vale per la dimostrazione del possesso del requisito *sub a*).

- adeguata attrezzatura tecnica.
- Per i lavori relativi alla categoria OG 13, oltre ai suddetti requisiti, è richiesta l' esecuzione nei 5 anni precedenti alla pubblicazione del bando, dell' avviso o della lettera di invito, di lavori analoghi per importo pari a quello dei lavori che si intendono eseguire.
- Nessuna ulteriore dimostrazione circa il possesso dei requisiti è richiesta alle imprese già in possesso dell' attestazione SOA relativa ai lavori da eseguire.

## QUALIFICAZIONE PER SERVIZI E FORNITURE – (art. 271-segg.).

Determinazione discrezionale dei requisiti di capacità tecnica, economica ed organizzativa da parte della stazione appaltante.

# MODALITÀ DI PARTECIPAZIONE DEI CONCORRENTI

## 1) Soggetti abilitati ad assumere lavori pubblici (artt. 92-96, Reg.)

### a) Art. 92 – INDIVIDUAZIONE DEI REQUISITI DEI CONCORRENTI SIA SINGOLI CHE RIUNITI.

- Il **concorrente singolo** può partecipare alla gara se in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori o se in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi (comma 1).

- I **raggruppamenti temporanei** (art. 34, co. 1, lett. *d*), Codice), i **consorzi** (art. 34, co. 1, lett. *e*), Codice) ed i **GEIE** (art. 34, co. 1, lett. *f*), Codice)

- **di tipo orizzontale** – riunione di concorrenti che determina una responsabilità solidale di tutti i componenti - i requisiti di qualificazione devono essere posseduti
- nella **misura minima del 40%** dei lavori dalla mandataria o da una impresa consorziata
- la **restante percentuale** deve essere posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella **misura minima del 10%** dell'importo dei lavori.

- I concorrenti riuniti in raggruppamento devono eseguire i lavori nella percentuale corrispondente alle quote di partecipazione.
- Ferma la regola che la mandataria deve possedere i requisiti in misura superiore rispetto a ciascuna delle mandanti.

T.A.R. Piemonte, Sez. I, 29/1/2010, n. 467; Cons. St., Sez. V, 28/9/2009, n. 5817; Cons. St., Sez. V, 7/5/2008, n. 2079; Cons. St., IV, 21/2/2005, n. 537.

*Poiché l'art. 37 del D.Lgs n. 163 del 2006, al comma 13, stabilisce che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, è evidente che deve sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento e che vi è la necessità che la quota di partecipazione debba essere stabilita e manifestata dai componenti del raggruppamento all'atto della partecipazione alla gara.*

- **di tipo verticale** – riunione di concorrenti che determina una responsabilità differenziata tra i componenti. Un componente del raggruppamento realizza i lavori nella categoria prevalente, mentre gli altri lavori sono scorporabili – i requisiti di qualificazione devono essere posseduti
  - nella categoria prevalente dalla mandataria;
  - nelle categorie scorporate da ciascuna mandante per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola.
- **di tipo misto.**

- **Facoltà di cooptazione** (già prevista dall'art. 95, co. 4, D.P.R. n. 554/1999): il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo, ove possiedano i necessari requisiti, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando. I lavori eseguiti da queste ultime non possono, però, superare il 20% dell'importo complessivo dei lavori e l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna devono essere almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati (co. 5).

Cons. St., Sez. VI, 18/9/2009, n. 5626

*L'associazione per cooptazione ha lo scopo di fare entrare nel sistema degli appalti pubblici quelle imprese che, per le loro modeste dimensioni, non potrebbero altrimenti parteciparvi per mancanza dei requisiti prescritti per costituire una associazione ordinaria (di tipo verticale o orizzontale). Una volta entrata legittimamente nella compagine associativa, l'impresa cooptata costituisce parte integrante dell'Associazione di imprese dalla quale è stata cooptata, come emerge dalla stessa espressione utilizzata dal Legislatore ("associare altre imprese").*

- **Rilievo della disciplina del subappalto.**

Art. 37, co. 11, Codice –prevede la possibilità di ricorrere al subappalto se nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrano, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e qualora una o più di tali opere superi in valore il 15% dell'importo totale dei lavori.

In questa ipotesi:

**(i)** il concorrente, singolo o riunito in raggruppamento, che non possiede la qualificazione in ciascuna delle categorie *sub art.* 107, co. 2, Reg. per l'intero importo richiesto dal bando o dalla lettera di invito, deve possedere i requisiti mancanti relativi a ciascuna delle predette categorie e oggetto di subappalto, con riferimento alla categoria prevalente;

**(ii)** per ciascuna categoria specialistica prevista dal bando o dalla lettera di invito deve essere rispettato il limite massimo di subappaltabilità determinato dall'art. 170, Reg., nella misura del 30%;

**(iii)** il bando, l'avviso o la lettera di invito che prevedano lavorazioni relative ad una o più categorie specialistiche (art. 107, co. 2) di importo non superiore ai 150.000 euro e singolarmente superiore al 15% dell'importo totale dei lavori (art. 37, co. 11, Codice) devono indicare per ciascuna di esse i requisiti di qualificazione per i lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro dall'art. 90, Reg.

**b) Art. 94 - CONSORZI STABILI**

- Consorzi formati da non meno di **tre consorziati** che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di **operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, per un periodo di tempo non inferiore a 5 anni**, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa (art. 36, Codice).
- Eseguono i lavori o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara (senza che ciò costituisca subappalto), ferma restando **la responsabilità solidale** degli stessi nei confronti della stazione appaltante.
- Possono ottenere la **qualificazione** previa verifica della sussistenza dei corrispondenti requisiti in capo alle singole consorziate. Ciò non toglie che anche i singoli consorziati possano ottenere la qualificazione, ma – in tal caso – il documento di qualificazione deve riportare la segnalazione di partecipazione ad un consorzio stabile.

Il possesso dei **requisiti generali** deve sussistere in capo a tutte le imprese consorziate che partecipano alla gara, anche nel caso di "consorzio stabile", atteso che la riconosciuta autonoma soggettività del consorzio stabile non è incompatibile sul piano logico con la necessità che i requisiti di partecipazione di ordine generale (ex art. 38, Codice) siano posseduti anche dalle singole consorziate designate quali esecutrici effettive del servizio appaltato. Il possesso dei **requisiti di idoneità tecnica e finanziaria**, invece, è normalmente richiesto esclusivamente in capo al consorzio stabile, quale entità soggettiva distinta dalle singole società consorziate che fruiscono del beneficio di poter sommare i rispettivi requisiti ai fini del raggiungimento delle soglie minime richieste dalla lex specialis di gara. Ciononostante, la stazione appaltante può fissare, nell'ambito della propria **discrezionalità**, requisiti di partecipazione ad una gara di appalto e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, anche in capo ai singoli consorziati. È necessario, tuttavia, che tali prescrizioni si rivelino rispettose dei **principi di proporzionalità e ragionevolezza**, non limitino indebitamente l'accesso alla procedura di gara e siano giustificate da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto. (A.V.C.P., Parere n. 76/2010)

- In caso di **scioglimento del consorzio** ai consorziati sono attribuiti i requisiti maturati dal consorzio in quanto da questi non assegnati in esecuzione ai consorziati, in modo proporzionale all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione dei lavori nel quinquennio antecedente.

### **c) Art. 93 - SOCIETÀ TRA CONCORRENTI RIUNITI O CONSORZIATI**

- Dopo l'aggiudicazione, i concorrenti riuniti o consorziati indicati dal consorzio come esecutori dei lavori, possono costituire tra loro una società anche consortile, ai sensi del libro V del titolo V, capi 3 e ss., c.c., avente ad oggetto l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori.
- La società subentra nell'esecuzione totale o parziale del contratto, senza che con ciò si verifichi subappalto o cessione di contratto e senza necessità di autorizzazione o di approvazione.
- Il subentro ha effetto dalla data di notificazione dell'atto costitutivo alla stazione appaltante, e subordinatamente alla iscrizione della società nel registro delle imprese.
- A garanzia dell'esecuzione della prestazione la disposizione prevede:
  - la costituzione della società non determina il venir meno delle responsabilità dei concorrenti riuniti o consorziati ai sensi del Codice;
  - tutti i concorrenti riuniti devono far parte della società nella medesima percentuale di appartenenza al raggruppamento, salvo il caso di esecuzione parziale dei lavori, in relazione al quale la società potrà essere costituita anche dai soli concorrenti riuniti o consorziati interessati all'esecuzione;
  - la società non può conseguire la qualificazione che, pertanto, rimane in capo ai concorrenti riuniti, ai quali, poi, sono singolarmente riferiti i lavori eseguiti dalla società, secondo le rispettive quote di partecipazione alla società stessa.

### **d) Art. 95 - REQUISITI DEL CONCESSIONARIO**

- Agli aspiranti concessionari che intendano **eseguire direttamente i lavori** è richiesto:
  - a. la qualificazione (art. 40, Codice; art. 75, Reg.);
  - b. possesso dei seguenti ulteriori requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi:
    - 1) **fatturato medio** relativo alle attività svolte negli ultimi cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore al 10% dell'investimento previsto per l'intervento;
    - 2) **capitale sociale** non inferiore ad 1/20 dell'investimento previsto per l'intervento;
    - 3) **svolgimento** negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'intervento per un importo medio non inferiore al 5% dell'investimento previsto per l'intervento;
    - 4) **svolgimento** negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall'intervento per un importo medio pari ad almeno il 2% dell'investimento previsto dall'intervento.

In alternativa ai requisiti *sub* 3) e 4), l'aspirante può incrementare i primi due requisiti nella misura fissata dal bando (compresa tra 1,5 e 3 volte)
- Se il concessionario **non intende eseguire direttamente i lavori**, è necessario il solo possesso dei quattro requisiti *sub* b.
- Per R.T.I. e consorzi, i requisiti devono essere posseduti complessivamente, fermo restando che ciascuno dei componenti del raggruppamento possedga una percentuale non inferiore al 10% dei requisiti *sub* b, 1) e 2) .

## e) Art. 96 – FINANZA DI PROGETTO: REQUISITI DEL PROPONENTE

- Le proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale o negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione (art. 153, co. 19 e 20, Codice), possono essere presentate:

- 1)
    - a) gli imprenditori individuali, le società commerciali, le società cooperative;
    - b) i consorzi fra società cooperative e i consorzi tra imprese artigiane
    - c) i consorzi stabili
    - d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti
    - e) i consorzi ordinari di concorrenti
    - f) società di ingegneria
- Art. 34, Codice (...)
- Art. 90, co. 2, lett. d), Codice

### 2) Coloro che svolgono in via professionale (abituamente e continuativamente)

- attività finanziaria,
- assicurativa,
- tecnico-operativa,
- di consulenza e di gestione nel campo dei l.p. o di p.u. e dei servizi

A condizione che negli ultimi tre anni hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta.

- Le proposte possono essere presentate anche da soggetti appositamente costituiti, nei quali comunque devono essere presenti in misura maggioritaria soci aventi i requisiti di esperienza e professionalità sopra citati.
- Al momento dell'indizione della gara il proponente deve possedere i requisiti individuati per il concessionario, anche associando o consorziando altri soggetti.

## 2) Soggetti abilitati ad assumere servizi o forniture (artt. 275-277, Reg.)

### a) CONCORRENTI INDIVIDUALI (art. 275, co. 1, Reg.)

- Il concorrente individuale può partecipare alle procedure di gara se in possesso di tutti i requisiti previsti dal bando o dalla lettera di invito.
- **Affidamento di più servizi/forniture:** La S.A. deve indicare nel bando quale sia la prestazione principale e quali quelle secondarie, di cui deve essere previsto l'importo. Il concorrente dovrà essere dotato della capacità tecnica economica che gli permetta di svolgere sia la prestazione principale che tutte quelle secondarie per i relativi importi.

### b) R.T.I., CONSORZI ORDINARI DI CONCORRENTI (art. 275, co. 2, Reg.)

- E' demandato alla S.A. il compito di prevedere nel bando le eventuali misure in cui i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti all'R.T.I. o al consorzio.

#### A.V.C.P., deliberazione 16/7/2009, n. 64

*Seppur in ipotesi specifiche – giustificate dalla tipologia delle prestazioni da porre in essere – si è ritenuta legittima la clausola del bando che aveva previsto il possesso dei requisiti in misura intera per la capogruppo, in termini generali, tuttavia, la limitazione del possesso dei requisiti economico-finanziari in capo all'impresa capogruppo non appare conforme ai principi di massima partecipazione e libera concorrenza. In ogni caso, si deve ritenere legittima la facoltà della stazione appaltante di stabilire una soglia minima quantitativa per ciascuna impresa, al fine di evitare un eccessivo frazionamento tale da rendere inattendibile il giudizio sull'affidabilità del concorrente e ridurre la tutela dell'interesse pubblico, con l'unico limite, peraltro, del rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non eccedenza rispetto all'oggetto dell'appalto.*

- La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.

#### A.V.C.P., parere 2/2/2009, n. 22

*il criterio di verifica della misura maggioritaria non si identifica nel contributo potenziale della capogruppo alla copertura del requisito, bensì occorre valorizzare il principio di corrispondenza sostanziale tra quota di qualificazione, quota di partecipazione e quella di esecuzione.*

*qualora al raggruppamento temporaneo partecipano due sole imprese, l'aggettivo maggioritario – che connota la percentuale del possesso dei requisiti della capogruppo – indica che la mandataria deve spendere nella specifica gara una qualifica superiore al 50% dell'importo dei lavori e, quindi, maggiore dell'altra associata, perché solo in tal modo essa potrà possedere anche una qualifica superiore a quella del suo unico associato.*

**c) CONSORZI STABILI (art. 277, Reg.)**

- Il possesso dei requisiti è verificato in capo al consorzio sulla scorta della effettiva esistenza degli stessi in capo ai singoli consorziati.
- Ai fini della partecipazione del consorzio alle gare,
  - i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo posseduti dai singoli consorziati sono sommati;
  - i restanti requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono sommati con riferimento ai soli consorziati esecutori.

### III/. I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE E L'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA (Capo II, Reg.)

- Principali novità: possibilità di prevedere criteri che valorizzino le esigenze sociali e ambientali.
- Criteri di aggiudicazione: Prezzo Più Basso e Offerta Economicamente Più Vantaggiosa - Ai sensi dell'art. 81, co. 2°, Codice, le S.A. scelgono fra i due indicati criteri *“quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto”*.

#### **A. Prezzo più basso (artt. 118 e 119, Reg.).**

= Massimo ribasso percentuale determinato **(i)** sull'elenco dei prezzi unitari per i contratti da stipulare a misura e **(ii)** sull'importo dei lavori per i contratti da stipulare a corpo; **(iii)** mediante offerta a prezzi unitari.

**Per le prestazioni a corpo**, il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione ed il computo metrico estimativo non ha valore negoziale.

**Obbligo di controllo** del computo metrico estimativo prima della formulazione dell'offerta e pertanto **di formulazione dell'offerta** tenendo conto di voci e relative quantità eventualmente eccedenti o mancanti.

Obbligo di accompagnare l'offerta, a pena di inammissibilità, dalla dichiarazione di aver tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell'offerta, che, riferita all'esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a base di gara, resta comunque fissa ed invariabile.

#### **B. Offerta economicamente più vantaggiosa (art. 120, Reg.).**

= Criterio che consente l'aggiudicazione dei contratti pubblici non tanto con una valutazione meramente quantitativo- economica, quanto con una complessa integrazione tra il dato economico, quello tecnico e quello qualitativo (A.V.C.P., det. n. 4/2009).

- Modalità di costituzione della commissione giudicatrice (art. 84 Codice)

– I “pesi” o “punteggi” da assegnare ai criteri di valutazione (indicati nel bando di gara) devono essere globalmente pari 100 ed i fattori ponderali da assegnare ai “pesi” o “punteggi” relativi agli elementi attinenti alla qualità, al pregio tecnico, alle caratteristiche estetiche e funzionali e alle caratteristiche ambientali non devono essere complessivamente inferiori a 65.

– Delimitazione del ruolo della commissione giudicatrice.

– Nella fissazione dei criteri di aggiudicazione le S.A. devono individuare parametri di valutazione che valorizzino le *caratteristiche ambientali ed il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali* (art. 83, co. 1° lett. e), Codice), nel rispetto del D.M. Ministero ambiente 11-4-2008 e di quelli che verranno individuati con D.M. Ministero Infrastrutture di concerto con quello dell'Ambiente.

– Ai fini del perseguimento delle esigenze sociali, le S.A. potranno concludere di intesa o protocolli di intenti con soggetti pubblici con competenze in materia di salute, sicurezza, previdenza, ordine pubblico nonché con le organizzazioni sindacali e imprenditoriali.

#### **A.V.C.P., determinazione n. 4/2009**

*“[...] La stazione appaltante, in relazione ai molteplici interessi pubblici perseguiti, dispone di un ampio margine di discrezionalità tecnica nella scelta dei criteri in base ai quali valutare le offerte [...]”, potendo “[...] privilegiare criteri di valutazione attinenti al pregio estetico dell'opera, piuttosto che all'economicità della manutenzione, o all'efficienza della gestione del servizio, o, ancora, all'utilizzo di tecnologie ecologicamente compatibili, orientando, in tal modo, la presentazione di offerte concretamente volte alla soddisfazione degli obiettivi perseguiti.*

*Tuttavia, questa ampia libertà di scelta dell'amministrazione, deve trovare un bilanciamento, al fine di garantire, in ogni caso, il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento e scongiurare il rischio di abusi. A tal fine [...], la scelta dei criteri di valutazione diventa un'operazione che, seppur discrezionale nel fine, è rigidamente disciplinata nel metodo, nel senso che la stazione appaltante è obbligata a dar conto con chiarezza delle proprie scelte nei documenti di gara ed, in tal modo, si "auto vincola" alla valutazione delle future offerte sulla base di criteri oggettivi predeterminati [...].”*

*“[...] il peso o punteggio rappresenta l'importanza relativa che la stazione appaltante ritiene debbano avere i diversi criteri nella valutazione globale [...]”.*

La discrezionalità della stazione appaltante trova, secondo la giurisprudenza, l'unico limite della "manifesta irrazionalità" della distribuzione dei punteggi rispetto allo scopo dell'intervento (cfr., ex pluris, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 3/2/2010, n. 555, TAR Lazio, sez. III - quater, I3/11/2008, n. 10141). Tali ipotesi, che incidono sulla legittimità del bando, si rinvergono laddove, ad esempio, il valore attribuito ad un elemento sia tale da preconstituire, nei confronti dei concorrenti, illegittime posizioni di vantaggio (cfr. Cons. St., sez. V, 16/03/2005, n. 1079), oppure nei casi in cui, pur avendo adottato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, venga assegnato ad uno dei criteri di valutazione un peso talmente elevato da rendere praticamente superflui tutti gli altri (cfr. Cons. St., sez. V, 11/01/2006, n.28; Cons. St. sez V. 9/03/2009. n. 1368).

## IV./ CONTRATTI DI MANUTENZIONE

### **Cons. Stato, Sez. VI, 18/9/2009; Id., Sez. V, 31/1/2006, n. 348 e 4/5/2001, n. 2518**

Il concetto di manutenzione va fatto rientrare nei lavori pubblici qualora l'attività dell'appaltatore comporti un'attività prevalente ed essenziale di modificazione della realtà fisica, con l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi, non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale.

**Cons. Stato, Sez. IV, 21/02/2005, n. 537**: manutenzione ordinaria di opere ed impianti come lavoro pubblico.

### **A.V.C.P., deliberazione 21/5/2009, n. 48**

Quando le prestazioni oggetto del contratto consistono in una attività di manutenzione che si caratterizza non già per essere un prestazione continuativa e positiva di fare da effettuarsi con l'assiduo e periodico intervento di personale specializzato, strumentale con l'attività di controllo dell'efficienza dell'opera o degli impianti tecnologici in essa presenti, bensì per l'esecuzione di una serie di interventi, non inconsistenti sul piano funzionale e strutturale, nonché rilevanti sotto l'aspetto economico, previamente e puntualmente individuati dalla stazione appaltante, laddove questi interventi incidano sulla realtà fisica dell'opera, modificandola, ne deriva che l'appalto debba essere qualificato come appalto di lavori e non appalto di servizi. In tal caso le imprese partecipanti debbono possedere idonea qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici ai sensi dell'art. 40 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

- **Definizione di manutenzione** – Art. 3, comma 1, lett. n): “la combinazione di tutte le azioni tecniche, specialistiche ed amministrative, incluse le azioni di supervisione, volte a mantenere o a riportare un'opera o un impianto nella condizione di svolgere la funzione prevista dal provvedimento di approvazione del progetto”.
- **Lavori in manutenzione** - Art. 105, Reg.
  - Ferma la predisposizione del piano di sicurezza e di coordinamento, qualora si tratti di lavori di manutenzione e ad esclusione degli interventi di manutenzione che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere, l'esecuzione dei lavori può prescindere dall'avvenuta redazione ed approvazione del progetto esecutivo.
  - L'affidamento dei contratti aventi ad oggetto lavori di manutenzione ordinaria, nel rispetto delle procedure di scelta del contraente previste dal codice, può avvenire sulla base di un progetto definitivo costituito almeno da una relazione generale, dall'elenco dei prezzi unitari delle lavorazioni previste, dal computo metrico estimativo, dal piano di sicurezza e di coordinamento con l'individuazione analitica dei costi della sicurezza da non assoggettare a ribasso.

## V/. RITARDO NEI PAGAMENTI DELLA P.A.

- D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 - Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.
- L. 3 agosto 2009, n. 102 conv. D.L. 1 luglio 2009, n. 78 – garanzia del sollecito pagamento di quanto dovuto dalle P.A. per prevenire la formazione di nuove situazioni debitorie e di rilevare i residui passivi ed i debiti già in essere alla data di entrata in vigore del decreto (art. 9).
- Altre disposizioni volte a consentire lo smobilizzo più celere dei crediti vantati nei confronti della pubblica amministrazione.

### **AVCP, determinazione 27/3/2002, n. 5 – “Fenomeno dei ritardati pagamenti nei lavori pubblici”.**

Nella tesi AVCP prevale il sistema del capitolato generale lavori pubblici n. 145/2001 sul sistema di cui alla d.lgs. N. 231/2002

### **A.V.C.P., determinazione 7/7/2010, n. 4 – Disciplina pagamenti contratti pubblici forniture e servizi**

La direttiva 2000/35/CE e il decreto 231 di attuazione, contengono **norme imperative dirette a riequilibrare la posizione di disuguaglianza tra le parti, prevenendo un’alterazione del sinallagma contrattuale** (cfr. sul punto, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 1 aprile 2010 n. 1885; Consiglio Stato, sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 469).

Devono considerarsi inique le clausole di un bando di gara con cui la stazione appaltante stabilisca unilateralmente un termine di pagamento ed una decorrenza degli interessi moratori difformi da quelli stabiliti dall’art. 4 del suddetto decreto 231, nonché un saggio di interesse diverso da quello previsto dall’articolo 5.

L’imposizione della dilazione dei termini per il pagamento introdurrebbe un indebito vantaggio per l’amministrazione, considerata, in ragione dei poteri autoritativi di cui dispone nella fase pubblicistica dell’attività negoziale, alla stregua di parte contrattuale forte (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 12 aprile 2005, n. 1638 e 28 settembre 2007, n. 4996).

La contrarietà a norme imperative determina, quindi, la nullità di tali clausole con integrazione legale del contratto mediante applicazione automatica di clausole di contenuto conforme a quelle illegittimamente derogate (cfr. artt. 1339 e 1419 c.c.). Tale nullità può essere fatta valere dalla parte o essere rilevata d’ufficio in ogni stato e grado di un eventuale giudizio, nonché, ai sensi dell’articolo 8 del decreto 231, eccipita dalle associazioni di categoria in sede di azione inibitoria a tutela di interessi collettivi.

⇒Illegittimità dell’eventuale esclusione dalla procedura di gara disposta in ragione della mancata accettazione (espressa o meno) della clausola contrattuale iniqua.

⇒illegittimità dell’attribuzione di un punteggio a termini di pagamento dilatati rispetto alla disciplina legale (deroga alle condizioni legali è ammissibile soltanto per accordo tra le parti ed a patto che le condizioni così pattuite non siano gravemente inique).

- Dir. 2011/7/UE - prescrizioni specifiche sui pagamenti da parte delle P.A.: inasprimento delle misure in caso di mancato rispetto dei termini, con elevazione del tasso di mora – Art. 4..

## VI/. IL CONTENZIOSO (Parte V, Codice)

### A. Transazione – Art. 239, Codice

Le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, possono sempre essere risolte mediante transazione nel rispetto del codice civile (anche al di fuori dei casi in cui è previsto il procedimento di accordo bonario).

### B. Accordo bonario - Art. 240, Codice

Procedimento da avviare per contratti relativi a lavori nei settori ordinari affidati da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori, ovvero dai concessionari qualora l'impresa iscriva sui documenti contabili riserve superiori al 10% dell'importo contrattuale.

### C. Arbitrato – Art. 241, Codice

Le controversie su diritti soggettivi - derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario - **possono** essere deferite ad arbitri.

- Il bando, l'avviso o l'invito, devono prevedere se il contratto conterrà, o meno, la clausola compromissoria. In ogni caso, entro 20 giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione, l'aggiudicatario può ricusare la clausola compromissoria (che non verrà inserita nel contratto), tramite comunicazione S.A..

### D. Ricorso Giurisdizionale – Artt. 11, 12 e 243-*bis* e ss: ora artt. 120 e segg. d.lgs. 104/2010 - Codice del processo amministrativo.

I soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano mediante comunicazione scritta le S.A. della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale.

- Il contenzioso sul procedimento di affidamento dei contratti è demandato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

- Clausola *stand-still*.

- AGA può disporre il risarcimento patrimoniale conseguente ad una lesione dell'interesse dell'aggiudicatario (*risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente*). *Effetti sul contratto.*

*Possibili conseguenze in termini di danno erariale.*

- Il contenzioso sulla fase di esecuzione del rapporto (e la tutela dei relativi diritti soggettivi) è demandato al giudice ordinario.