

## **Circolare n.2/2011**

**Oggetto: Adempimenti a carico dei privati, beneficiari di finanziamenti FEP, ai sensi dell'art. 32, lett. d) ed e) del Codice dei Contratti**

### **La normativa**

Come noto, l'art. 32, comma 1, lett. d), del D.Lgs. 163/06, riconduce nel campo di applicazione del Codice degli appalti la realizzazione di lavori pubblici da parte di soggetti privati che, per la realizzazione di lavori di importo superiore ad un milione di euro, ricevono un contributo diretto e specifico da parte delle amministrazioni pubbliche, in conto capitale o in conto interessi, superiore al 50% dell'importo dei lavori.

Del pari, l'art. 32, comma 1, lett. e), del D.Lgs. 163/06 stabilisce che le norme del codice si applicano agli appalti di servizi affidati da soggetti privati, relativamente ai servizi il cui valore stimato, al netto dell'i.v.a., sia pari o superiore a 211.000 euro, allorché tali appalti sono connessi ad un appalto di lavori di cui alla lettera d) sopra indicata, e per i quali sia previsto, da parte dei soggetti pubblici, un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei servizi.

Al riguardo, l'importo di «211.000 euro» è da intendersi sostituito con «193.000 euro» ai sensi di quanto disposto dal regolamento (CE) n. 1177/2009 che modifica la direttiva 2004/17/CE e la direttiva 2004/18/CE.

L'articolo 32, comma 1, lett. d) ed e) del Codice (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) configura una titolarità "diretta", *ex lege*, della funzione di stazione appaltante in capo al privato beneficiario del contributo pubblico, che in quanto "altro soggetto aggiudicatore" è tenuto ad appaltare lavori e servizi a terzi nel rispetto della disciplina prevista dal Codice e, in qualità di stazione appaltante, è esclusivo responsabile dell'attività di affidamento e di esecuzione degli stessi, ferma restando la vigilanza da parte dell'amministrazione.

### **I presupposti**

I privati sono tenuti, quindi, all'applicazione della disciplina della legge sugli appalti qualora concorrano i presupposti concernenti: a) l'importo complessivo

dei lavori (superiore ad 1 milione di euro) e dei servizi (pari o superiore a 193.000 euro) ; b) la percentuale del contributo finanziato (superiore al 50% dei lavori o dei servizi).

In tali circostanze, si deve necessariamente procedere alla realizzazione dei lavori e dei servizi previa selezione ad evidenza pubblica dell'impresa esecutrice.

Per quanto riguarda i servizi, va precisato che la connessione ai lavori prevista dall'art. 32, lett. e) del codice, va intesa sotto il profilo tecnico e realizzativo e non meramente legata all'inserimento di lavori e servizi nel quadro economico del medesimo progetto ai fini del finanziamento.

L'avvio delle procedure di scelta del contraente presuppone l'avvenuta validazione del progetto da parte del soggetto individuato quale responsabile del procedimento, ai sensi dell'articolo 55 del D.P.R. 5.10.2010 n. 207.

### **L'applicazione delle norme di gara**

Per l'individuazione dell'appaltatore, il privato dovrà applicare le medesime norme cui è tenuta l'amministrazione quando affida l'esecuzione di lavori pubblici di corrispondente tipologia ed importo, escluse le sole disposizioni specificatamente indicate dall'articolo 32, comma 2, secondo il quale non si applicano gli articoli 63 (Avviso di preinformazione : non si applica ai privati), 78, comma 2 (redazione del verbale secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti : inapplicabile ai privati in mancanza di obbligo di emanare disposizioni in materia, fermo restando l'obbligo di verbalizzazione), 90, comma 6 (priorità alla progettazione interna : non si applica ai privati che sono liberi di decidere se affidarla a tecnici interni o esterni), 92 (corrispettivi ed incentivi per la progettazione : non si applicano ai privati), 128 (programmazione dei lavori pubblici : non si applica ai privati).

Trovano, quindi, applicazione, le procedure di gara previste dal Codice (procedura aperta o ristretta e, solo nei casi tassativamente indicati dagli artt. 56 e 57, la procedura negoziata), la nomina del responsabile del procedimento (art. 10), le norme sulla pubblicità (artt. 66 e 67 o 122 per i contratti sotto soglia comunitaria), quelle sul rispetto dei termini (artt. 70 - 72), sui requisiti

di partecipazione (artt. 38-49), la cauzione provvisoria (art. 75), i criteri di aggiudicazione (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa, artt. 81-84), la disciplina delle offerte anomale (artt. 86-88), la corresponsione del contributo all'Autorità (art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266), le comunicazioni obbligatorie all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (art. 6), l'obbligo di tracciabilità dei flussi finanziari ed il codice identificativo di gara (CIG), attribuito dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture su richiesta della stazione appaltante (art. 3 Legge 13 agosto 2010, n. 136, come modificata dal D.L. n. 187/2010). Va ricordato, inoltre, che anche su tali appalti l'Autorità esercita i propri compiti e poteri di vigilanza.

L'affidatario dell'intervento deve essere un'impresa qualificata ai sensi del DPR n. 34/2000.

Va previsto lo svolgimento, da parte del soggetto privato stesso, di gare o di procedure selettive per l'affidamento degli incarichi alle figure professionali nel rispetto dello stesso art. 91 del codice degli appalti, a seconda del valore attribuito a tali progetti, analogamente a quanto previsto per l'affidamento dei lavori, in caso di mancanza di adeguate risorse professionali proprie, quali, in particolare:

- a) il direttore lavori (se diverso dal responsabile del procedimento);
- b) il coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione (se tale ruolo non è ricoperto dal soggetto operante come direttore dei lavori).

Il soggetto privato, pertanto, potrà incardinare tali figure nel processo realizzativo:

- facendo ricorso a risorse professionali proprie;
- provvedendo ad affidare incarichi a professionisti esterni, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 91 del d.lgs. n. 163/2006.

## **Il contratto di appalto**

Il contenuto del contratto d'appalto è invece determinato 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 dei principi generali dell'ordinamento e delle disposizioni sulla procedura di gara (ad esempio la normativa antimafia, la normativa sulla sicurezza nei cantieri).

Deve essere assicurato dai privati beneficiari, obbligati alla scelta del contraente mediante procedure di evidenza pubblica, il rispetto delle disposizioni relative alla normativa antimafia, con obbligo di acquisizione delle relative comunicazioni o informative antimafia ai sensi del D.P.R. 252/1998. Pertanto, il soggetto aggiudicatore dovrà richiedere alla Provincia, in qualità di Soggetto Attuatore, di inoltrare alla Prefettura la richiesta di informativa antimafia nei confronti dell'impresa che si è aggiudicata la gara.

### **L'esecuzione**

Il collaudo, come già stabilito dall'art. 32, comma 2, del D.Lgs. 163/06, costituisce attività propria della stazione appaltante e, quindi, del soggetto privato beneficiario, ferma restando la funzione di vigilanza da parte dell'amministrazione concedente che va esplicitata nell'approvazione degli atti di collaudo.

Tutte le altre disposizioni del codice degli appalti relative all'esecuzione del contratto, quali la cauzione definitiva (art. 113), la revisione dei prezzi (art. 115), il subappalto (art. 118) e la direzione dell'esecuzione del contratto (art. 119), non si applicano agli appalti affidati da soggetti privati.

Per quanto concerne le norme in tema di varianti in corso di esecuzione (artt. 114 e 132), in applicazione dei poteri di vigilanza e di controllo che spettano all'amministrazione e che, tra l'altro, comportano l'approvazione in linea tecnica ed economica delle eventuali varianti in corso di esecuzione, si applicano le norme previste dai bandi FEP.

Gli eventuali risparmi di spesa derivanti da ribassi d'asta o altro, analogamente a quanto previsto per i soggetti pubblici, devono essere restituiti dal beneficiario alla disponibilità dell'amministrazione regionale, così come eventuali costi aggiuntivi restano a carico dello stesso privato.

## **La fase di controllo**

Nello svolgimento delle attività di istruttoria e di controllo inerenti l'attuazione del progetto, i Funzionari dei Soggetti Attuatori dovranno verificare che non siano posti in essere comportamenti elusivi da parte del soggetto privato, garantendo all'Amministrazione un effettivo monitoraggio sullo sviluppo del percorso per l'affidamento dei lavori mediante un riscontro continuo sul corretto sviluppo delle procedure, anche mediante controlli di primo livello.

Essi, pertanto, dovranno porre particolare attenzione in fase istruttoria al controllo dei seguenti aspetti:

- a) i valori di riferimento per i lavori da affidare, con evidenziazione degli stessi rispetto alla soglia comunitaria;
- b) il divieto di artificioso frazionamento degli appalti;
- c) le conseguenti modalità di affidamento prescelte (procedure aperte o ristrette);
- d) gli obblighi organizzativi rispetto allo svolgimento della gara (es. nomina di un responsabile unico del procedimento);
- e) gli obblighi inerenti la composizione della commissione giudicatrice nel rispetto di quanto previsto dall'art. 84 del Codice dei contratti pubblici, qualora per la procedura di affidamento sia stato scelto il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- f) gli obblighi di pubblicità (con particolare assolvimento di quelli previsti dall'art. 66 del D.Lgs. n. 163/2006 in caso di affidamento sopra soglia);
- g) lo svolgimento di tutte le fasi operative della gara (con afferenza a quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici);

- h) l'obbligo di verbalizzazione delle operazioni di gara (comprehensive del sub-procedimento di rilevazione e di verifica delle offerte anormalmente basse) e di esplicitazione dell'aggiudicazione definitiva;
- i) gli obblighi relativi alla pubblicizzazione dell'avvenuta aggiudicazione;
- l) la restituzione, da parte del soggetto privato, delle risorse derivanti dal ribasso d'asta;
- m) gli obblighi inerenti le comunicazioni obbligatorie all'Osservatorio Regionale Lavori Pubblici della Regione Campania in ordine agli appalti aggiudicati (svolgendo il soggetto privato il ruolo di stazione appaltante);
- n) i passaggi relativi alla stipulazione del contratto.

Si deve rilevare che l'art. 32, comma 4, del D.Lgs. 163/06 prevede che il mancato rispetto delle norme del codice degli appalti costituisce causa di decadenza dal contributo.

E' opportuno precisare che, in materia di anticipazioni, SAL e saldo si applicano le regole previste dai bandi FEP, le quali costituiscono *lex specialis* della procedura di gara.

Napoli, lì 30.05.2011

firmato  
Il Referente regionale dell'AdG FEP  
Dr. A. Carotenuto