

3. REGIME APPLICABILE ALLE CONCESSIONI

Come già precedentemente indicato, sole le concessioni di lavori il cui importo sia uguale o superiore alla soglia fissata dalla direttiva 93/37/CEE (5 000 000 di EURO) sono oggetto di un regime specifico.

Ciononostante, le concessioni, come del resto ogni atto dello Stato che stabilisca le condizioni cui è soggetta una prestazione di attività economiche, ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36) e da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del trattato CE o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte ⁽³³⁾. Si tratta in particolare dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità ⁽³⁴⁾.

Il trattato CE non limita la facoltà degli Stati membri di ricorrere a delle concessioni, purché le modalità della scelta siano compatibili con il diritto comunitario.

Come risulta dalla giurisprudenza della Corte, gli Stati membri, pur rimanendo liberi, in virtù del trattato, di stabilire norme materiali e procedurali, sono tenuti a rispettare tutte le disposizioni pertinenti del diritto comunitario e, in particolare, i divieti che derivano dai principi sanciti dal trattato CE in tema di diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi ⁽³⁵⁾. La Corte ha, del resto, sottolineato l'importanza dei principi e delle norme derivanti dal trattato, precisando, in particolare, che le direttive relative agli appalti pubblici sono volte, da una parte, «a facilitare la realizzazione effettiva, all'interno della Comunità, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi» e, d'altra parte, «a garantire l'effettività dei diritti riconosciuti dal trattato nel settore dei pubblici appalti di lavori e di fornitura» ⁽³⁶⁾.

Alcuni Stati membri talvolta hanno ritenuto che l'attribuzione di una concessione non fosse soggetta alle disposizioni del trattato, consistendo questa nella delega di un servizio al pubblico che poteva essere attribuita soltanto sulla base di una fiducia reciproca (*intuitu personae*). Discende dal trattato e da una giurisprudenza costante della Corte che le sole giustificazioni in base alle quali atti dello Stato, adottati in violazione degli articoli 43 e 49 (ex articoli 52 e 59) del trattato CE, sfuggono al divieto previsto da detti articoli, sono quelle contemplate dagli articoli 45 e 55 (ex articoli 55 e 66), le cui condizioni d'applicazione, precisate dalla Corte e peraltro molto restrittive, sono esplicitate qui appresso ⁽³⁷⁾. Nulla nel trattato o nella giurisprudenza della Corte permette di prospettare una situazione diversa per le concessioni.

La Commissione ricorda, qui di seguito, le disposizioni del trattato e i principi desunti dalla giurisprudenza della Corte applicabili alle concessioni oggetto della presente comunicazione.

3.1. LE NORME E I PRINCIPI DEL TRATTATO O SANCITI DALLA CORTE

Benché, come sopra ricordato, il trattato non contenga alcuna esplicita menzione degli appalti pubblici né delle concessioni, molte delle sue disposizioni sono rilevanti in materia. Si tratta

delle norme del trattato che instaurano e garantiscono il buon funzionamento del Mercato unico, ossia:

- le norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (articolo 12, paragrafo 1, ex articolo 6, paragrafo 1);
- le norme relative alla libera circolazione delle merci (articoli 28 — ex 30 — e seguenti), alla libertà di stabilimento (articoli 43 — ex 52 — e seguenti), alla libera prestazione di servizi (articoli 49 — ex 59 — e seguenti) nonché le eccezioni a tali norme previste agli articoli 30, 45 e 46 (ex articoli 36, 55 e 56) ⁽³⁸⁾,
- le disposizioni dell'articolo 86 (ex 90) del trattato, che possono, altresì, far da guida nella determinazione della legittimità della concessione dei diritti.

Le norme e i principi sanciti dalla Corte sono esplicitati qui di seguito.

È vero che la giurisprudenza citata riguarda in parte gli appalti pubblici. Tuttavia, i principi che ne derivano hanno spesso una portata che supera l'ambito degli appalti pubblici. Essi sono applicabili anche ad altre fattispecie, tra cui le concessioni.

3.1.1. La parità di trattamento

Secondo una costante giurisprudenza della Corte, «il principio generale di uguaglianza, di cui il divieto di discriminazione a motivo della cittadinanza è solo un'espressione specifica, è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario. Questo principio impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata» ⁽³⁹⁾.

La Corte ha inoltre precisato che il principio di parità di trattamento, del quale sono specifica espressione gli articoli 43 (ex 52) e 49 (ex 59) del trattato CE «vieta non solo le discriminazioni palesi a motivo della cittadinanza, (...) ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze» ⁽⁴⁰⁾.

Il principio di parità di trattamento implica, in particolare, che le regole del gioco siano conosciute da tutti i potenziali concessionari e si applichino a tutti nello stesso modo. Risulta dalla giurisprudenza della Corte, in particolare dalla sentenza Raulin ⁽⁴¹⁾ e dalla sentenza Parlamento/Consiglio ⁽⁴²⁾, che l'osservanza del principio di parità di trattamento esige non soltanto la fissazione di condizioni d'accesso non discriminatorie all'attività economica, ma altresì che le autorità pubbliche adottino ogni misura atta a garantire l'esercizio di tale attività.

29.4.2000

II

Gazzetta ufficiale delle Comunità europee

C 121/7

La Commissione ritiene che da questa giurisprudenza derivi l'obbligo di ottemperare al principio di messa in concorrenza.

Nelle sentenze *Storebælt* e *Bus Wallons* la Corte ha precisato le implicazioni del principio di parità di trattamento in tema di appalti pubblici affermando, da una parte, che l'osservanza del principio di parità di trattamento esige che tutte le offerte siano conformi alle prescrizioni del capitolato d'onori affinché sia possibile un raffronto obiettivo tra le offerte⁽⁴³⁾, e, dall'altra, che, se un ente aggiudicatore tiene conto di una modifica apportata alle offerte iniziali di un solo offerente, quest'ultimo è avvantaggiato rispetto ai suoi concorrenti, il che viola il principio della parità di trattamento degli offerenti e nuoce alla trasparenza della procedura. La Corte ha inoltre constatato che «la procedura del raffronto tra le offerte (deve) rispettare, in tutte le sue fasi, tanto il principio della parità di trattamento degli offerenti quanto quello della trasparenza, affinché tutti gli offerenti (dispongano) delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte»⁽⁴⁴⁾.

La Corte ha quindi precisato in parte della sua giurisprudenza relativa all'applicazione delle direttive, che il principio di parità di trattamento degli offerenti prescinde da una eventuale discriminazione fondata sulla loro nazionalità o su altri criteri distintivi.

L'applicazione di questo principio alle concessioni (che è ovviamente possibile solo quando l'amministrazione aggiudicatrice negozia con più candidati) lascia il concedente libero di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata, in particolare in funzione delle caratteristiche del settore interessato e di stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le varie fasi della procedura⁽⁴⁵⁾. Tuttavia, ciò implica che la scelta del candidato, o dei candidati, deve essere operata in base a criteri obiettivi e che la procedura deve svolgersi nel rispetto delle regole procedurali e dei requisiti fondamentali così come inizialmente stabiliti⁽⁴⁶⁾. Qualora tali regole non siano state fissate, l'applicazione del principio di parità di trattamento esige, comunque, che la scelta dei candidati avvenga in maniera obiettiva.

Pertanto vanno considerate contrarie a dette norme del trattato ed al principio della parità di trattamento, ad esempio, le disposizioni che riservano determinati contratti pubblici alle società a prevalente o totale partecipazione statale o pubblica, diretta o indiretta⁽⁴⁷⁾; le pratiche che permettono l'accettazione di offerte non conformi al capitolato d'onori o modificate successivamente alla loro apertura; la presa in considerazione di soluzioni alternative, nei casi in cui tale possibilità non sia stata prevista dal progetto iniziale. Il progetto iniziale inoltre non deve essere snaturato, nel corso della procedura, rispetto ai criteri e alle esigenze fissati all'inizio della stessa.

Accade, talvolta, che il concedente non avendo la possibilità di definire i propri bisogni in termini tecnici sufficientemente precisi, ricorra a offerte alternative idonee a fornire soluzioni diverse a un problema espresso in termini generali. In queste

ipotesi, tuttavia, il capitolato d'onori deve comunque, al fine di garantire una concorrenza sana ed efficace, presentare in maniera non discriminatoria ed obiettiva quanto è richiesto ai candidati e, soprattutto, le modalità dell'approccio che essi devono seguire nel preparare le loro offerte. In questo modo, ciascun offerente sa in anticipo di poter prospettare soluzioni tecniche diverse. Più in generale, il capitolato d'onori non deve comportare elementi contrari alle norme e ai principi anzidetti del trattato. I bisogni del concedente possono anche essere determinati in collaborazione con imprese del settore, a condizione che ciò non abbia l'effetto di limitare la concorrenza.

3.1.2. La trasparenza

La Commissione ricorda che la Corte, nella sua giurisprudenza, ha sottolineato la correlazione tra il principio della trasparenza ed il principio della parità di trattamento, di cui mira ad assicurare l'effetto utile garantendo condizioni di concorrenza non falsate⁽⁴⁸⁾.

La Commissione constata che nella quasi totalità degli Stati membri esistono regole o prassi amministrative in materia di concessioni secondo le quali gli enti che intendano affidare ad un terzo la gestione di un'attività economica devono, per garantire un minimo di trasparenza, rendere pubblica la loro intenzione con modalità appropriate.

Come confermato dalla Corte nella sua più recente giurisprudenza, il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità implica un obbligo di trasparenza al fine di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di garantire il rispetto⁽⁴⁹⁾.

La trasparenza può essere garantita con ogni mezzo appropriato, compresa la pubblicazione, in funzione e per tenere conto delle specificità del settore in questione⁽⁵⁰⁾. Siffatte forme di pubblicità contengono, in generale, le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari possano decidere se sono interessati a partecipare alla procedura (ad esempio, criteri di selezione e di attribuzione, ecc.), ivi compreso l'oggetto della concessione nonché la natura ed estensione delle prestazioni attese dal concessionario.

La Commissione ritiene che, in tali condizioni, l'obbligo di trasparenza sia rispettato.

3.1.3. La proporzionalità

Per giurisprudenza costante, la Corte considera il principio di proporzionalità come «facente parte dei principi generali del diritto comunitario»⁽⁵¹⁾; in tale contesto, le autorità nazionali sono tenute ad osservare tale principio nell'applicazione del diritto comunitario⁽⁵²⁾, anche quando esse dispongano di un ampio margine discrezionale⁽⁵³⁾.

C 121/8

II

Gazzetta ufficiale delle Comunità europee

29.4.2000

Il principio di proporzionalità esige che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti⁽⁵⁴⁾. Uno Stato membro, infatti, nella scelta dei provvedimenti da adottare, deve ricorrere a quelli che comportino le minori turbative per l'esercizio di un'attività economica⁽⁵⁵⁾.

Applicato alle concessioni, questo principio, pur lasciando alle organizzazioni concedenti la facoltà di definire, in particolare in termini di prestazioni e di specifiche tecniche, l'obiettivo da raggiungere, esige, però, che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario e adeguato in relazione all'obiettivo fissato.

Ad esempio, uno Stato membro non può esigere, ai fini della selezione dei candidati, capacità tecniche, professionali o finanziarie sproporzionate o eccessive rispetto all'oggetto della concessione.

Il principio di proporzionalità esige anche che la concorrenza si concili con l'equilibrio finanziario; la durata della concessione deve dunque essere fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza più di quanto sia necessario per ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali investiti in misura ragionevole⁽⁵⁶⁾ pur mantenendo sul concessionario il rischio derivante dalla gestione.

3.1.4. Il mutuo riconoscimento

Il principio del mutuo riconoscimento è stato affermato dalla Corte e progressivamente precisato in una vasta giurisprudenza in materia di libera circolazione delle merci, delle persone e dei servizi. In base a tale principio, uno Stato membro è tenuto ad accettare i prodotti e i servizi forniti da operatori economici di altri paesi della Comunità, nella misura in cui tali prodotti e servizi rispondano in modo equivalente alle esigenze legittimamente perseguite dallo Stato membro destinatario⁽⁵⁷⁾.

L'applicazione di questo principio alle concessioni implica, in particolare, che lo Stato membro in cui la prestazione è fornita sia tenuto ad accettare le specifiche tecniche, i controlli nonché i titoli, i certificati e le qualifiche prescritti in un altro Stato membro, nella misura in cui essi siano riconosciuti equivalenti a quelli richiesti dallo Stato membro destinatario della prestazione⁽⁵⁸⁾.

3.1.5. Le deroghe previste dal trattato

Restrizioni alla libera circolazione delle merci, alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi possono essere ammesse soltanto se fondate su una delle giustificazioni di cui agli articoli 30, 45, 46 e 55 (ex 36, 55, 56 e 66) del trattato CE.

Per quanto riguarda, in particolare, l'articolo 45, ex 55, (che permette restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi per attività che partecipino, seppure occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri), la Corte ha sottolineato a più riprese⁽⁵⁹⁾ «che l'articolo 45 (ex 55) del trattato, ponendo una deroga alla regola fondamentale della libertà di stabilimento, è soggetto a un'interpretazione che limiti la sua

portata a quanto è strettamente necessario per tutelare gli interessi che la stessa norma permette agli Stati membri di proteggere». Tale eccezione deve essere limitata unicamente a quelle attività di cui agli articoli 43 e 49 (ex 52 e 59), che, di per sé stesse, comportino una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri⁽⁶⁰⁾.

Di conseguenza, la deroga prevista dall'articolo 45 (ex 55) deve essere limitata ai casi in cui il concessionario partecipi direttamente e specificamente all'esercizio dei pubblici poteri.

Le attività svolte in virtù di un obbligo o di un'esclusività stabiliti dalla legge o qualificate dalle autorità nazionali come attività di servizio pubblico non formano pertanto automaticamente oggetto di questa deroga⁽⁶¹⁾. È vero che ogni attività delegata dai pubblici poteri ha, in linea di principio, una connotazione di pubblica utilità, ma ciò non significa che questa attività partecipi necessariamente all'esercizio dei pubblici poteri.

La Corte di giustizia, ad esempio, ha ritenuto inapplicabile la deroga dell'articolo 45 (ex 55) nelle seguenti ipotesi:

- l'autorità pubblica mantiene un controllo sulle attività delegate e dispone di mezzi sufficienti per provvedere alla tutela degli interessi di cui essa è responsabile⁽⁶²⁾.
- le attività trasferite sono di natura tecnica e, pertanto, estranee all'esercizio dei pubblici poteri⁽⁶³⁾.

Come sopra precisato, il principio di proporzionalità esige che ogni misura che limiti l'esercizio delle libertà di cui agli articoli 43 e 49 (ex 52 e 59) sia al tempo stesso necessaria e adeguata rispetto agli obiettivi perseguiti⁽⁶⁴⁾. Ciò implica, in particolare, che, nella scelta delle misure destinate a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito, lo Stato membro deve privilegiare quelle che comportano i minori ostacoli per l'esercizio di tali libertà⁽⁶⁵⁾.

Inoltre, nel quadro della libera prestazione di servizi, lo Stato membro di accoglienza dovrà verificare che l'interesse da salvaguardare non sia già tutelato in virtù delle norme alle quali il candidato è soggetto nello Stato membro in cui esercita normalmente la propria attività.

3.1.6. La tutela dei diritti dei singoli

In una costante giurisprudenza relativa alle libertà fondamentali del trattato, la Corte ha affermato che le decisioni di rifiuto o di rigetto adottate dalle pubbliche autorità devono essere motivate e devono poter essere oggetto di ricorsi giurisdizionali da parte dei loro destinatari⁽⁶⁶⁾.

Tale principio è d'applicazione generale in quanto, come precisa la Corte, discende da tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e sancite dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo⁽⁶⁷⁾.

29.4.2000

IT

Gazzetta ufficiale delle Comunità europee

C 121/9

Siffatto principio è quindi applicabile anche ai singoli che ritengano lesi i propri diritti in occasione dell'attribuzione di una concessione ai sensi della presente comunicazione.

3.2. IL REGIME SPECIFICO DELLA DIRETTIVA 93/37/CEE PER LE CONCESSIONI DI LAVORI

La Commissione ritiene utile ricordare che le norme e i principi da essa sopra illustrati si applicano alle concessioni di lavori. Per queste ultime, tuttavia, la direttiva 93/37/CEE prevede inoltre un regime particolare che contiene delle regole di pubblicità.

È palese come soltanto le norme ed i principi del trattato si applichino, altresì, alle concessioni che non raggiungano la soglia prevista dalla direttiva 93/37/CEE.

3.2.1. La fase a monte: la scelta del concessionario

3.2.1.1. Le norme di pubblicità e di trasparenza

Per quanto riguarda le concessioni di lavori, le amministrazioni aggiudicatrici hanno l'obbligo di pubblicare nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* un bando di concessione secondo il modello previsto nella direttiva 93/37/CEE al fine di aprire tale contratto alla concorrenza a livello europeo ⁽⁶⁸⁾.

Un problema riscontrato dalla Commissione riguarda l'attribuzione di concessioni tra persone giuridiche pubbliche. Sembra che alcuni Stati membri interpretino le disposizioni della direttiva 93/37/CEE relative alle concessioni di lavori nel senso che esse non si applicherebbero ai contratti stipulati tra un ente pubblico e una persona giuridica di diritto pubblico.

La direttiva 93/37/CEE, viceversa, impone una pubblicità preliminare per l'attribuzione di ogni contratto di concessione di lavori pubblici, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del concessionario potenziale. L'articolo 3, paragrafo 3, della direttiva 93/37/CEE, del resto, prevede espressamente che il concessionario possa essere un'amministrazione aggiudicatrice contemplata dalla direttiva, il che implica che questo tipo di relazione sia soggetto, a monte, ad una pubblicazione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della stessa direttiva.

3.2.1.2. La scelta del tipo di procedura

Per quanto riguarda le concessioni di lavori, il concedente è libero di scegliere la procedura più appropriata e, in particolare, di esperire una procedura negoziata.

3.2.2. La fase a valle: gli appalti attribuiti dal titolare del contratto ⁽⁶⁹⁾

La direttiva 93/37/CEE ha definito alcune regole per quanto riguarda gli appalti attribuiti dal concessionario di lavori pubblici per appalti di valore pari o superiore a 5 000 000 EUR. Esse variano, però, in funzione del tipo di concessionario.

Se il concessionario è esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva, i contratti per l'esecuzione dei lavori devono essere attribuiti nel pieno rispetto di tutte le disposizioni previste dalla direttiva per gli appalti pubblici di lavori ⁽⁷⁰⁾.

Se il concessionario non è un'amministrazione aggiudicatrice, la direttiva prescrive unicamente il rispetto di talune norme di pubblicità. Tali norme non si applicano tuttavia nei casi in cui il concessionario attribuisca appalti di lavori ad imprese collegate ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva. La direttiva, inoltre, stabilisce che l'elenco limitativo di tali imprese deve essere allegato alla candidatura per la concessione ed aggiornato in seguito secondo le modifiche che intervengono successivamente nei collegamenti tra le imprese. Poiché questo elenco è limitativo, il concessionario non potrà invocare la non applicabilità delle norme di pubblicità per l'attribuzione di un appalto di lavori ad un'impresa che non figuri in detto elenco.

Di conseguenza, il concessionario, sia nel caso in cui sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva, sia nel caso in cui non rivesta tale qualifica, è sempre tenuto a rendere nota a livello comunitario la sua intenzione di affidare a terzi un appalto di lavori.

Infine, la Commissione ritiene che uno Stato membro disattenda le disposizioni della direttiva 93/37/CEE per quanto riguarda i lavori eseguiti da terzi, quando utilizzi, come intermediario, una società collegata per attribuire gli appalti di lavori ad imprese terze senza l'espletamento di una gara.

3.2.3. Le norme applicabili ai ricorsi

L'articolo 1 della direttiva 89/665/CEE prescrive che: «Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che (...) le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile», secondo le condizioni stabilite dalla direttiva «in quanto tali decisioni hanno violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto».

Tale disposizione della direttiva è applicabile alle concessioni di lavori ⁽⁷¹⁾.

La Commissione ricorda inoltre gli obblighi che discendono dall'articolo 2, paragrafo 7, della direttiva 89/665/CEE, secondo cui «gli Stati membri fanno sì che le decisioni prese dagli organi responsabili delle procedure di ricorso possano essere attuate in maniera efficace».

Ciò implica che gli Stati membri sono tenuti ad astenersi dall'adottare misure sostanziali o procedurali che possano privare d'effetto utile i meccanismi istituiti da questa direttiva.

Gli appalti pubblici dei concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, oltre a rispettare gli obblighi già citati, sono soggetti all'obbligo di motivazione previsto dall'articolo 8 della direttiva 93/37/CEE, che impone all'amministrazione aggiudicatrice di motivare la propria decisione entro un termine di quindici giorni, nonché alle norme relative agli strumenti di tutela previsti dalla direttiva 89/665/CEE.

C 121/10

II

Gazzetta ufficiale delle Comunità europee

29.4.2000

3.3. LA CONCESSIONE NEI SETTORI SPECIALI

La direttiva 93/38/CEE, relativa alle procedure di appalto degli enti che operano nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti o delle telecomunicazioni (qui di seguito «direttiva settori speciali»), non contiene norme specifiche sulle concessioni di lavori, né sulle concessioni di servizi.

Per stabilire le norme applicabili, la personalità giuridica del concedente così come la sua attività sono elementi decisivi. Possono prospettarsi varie situazioni.

- Una prima ipotesi riguarda l'attribuzione da parte dello Stato, o di un altro ente pubblico non operante specificatamente in uno dei quattro settori di cui alla direttiva settori speciali, di una concessione riguardante un'attività economica in uno di questi quattro settori. Questa attribuzione è disciplinata dalle norme e dai principi del trattato sopraindicati, nonché della direttiva lavori, se si tratta di una concessione di lavori.

Una seconda ipotesi è quella di un ente pubblico, operante specificatamente in uno dei settori di cui alla direttiva settori speciali, che decida di attribuire una concessione. Le norme e i principi del trattato sono applicabili nella misura in cui il concedente è un ente pubblico. Anche nel caso di una concessione di lavori, soltanto le norme e i principi del trattato tro-

veranno applicazione, non essendo applicabile la direttiva lavori all'assegnazione di concessioni da parte di un ente che operi specificatamente nei settori di cui alla direttiva 93/38/CEE.

Infine, nell'ipotesi in cui il concedente sia un ente privato, quest'ultimo non è sottoposto né alle norme né ai principi sopra descritti⁽⁷²⁾.

La Commissione confida nel fatto che la pubblicazione della presente comunicazione aiuti a chiarire le regole del gioco e ad aprire i mercati alla concorrenza nel campo delle concessioni.

La Commissione sottolinea, peraltro, che lo sforzo di trasparenza, rappresentato dalla pubblicazione della presente comunicazione, non esclude eventuali proposte legislative in materia di concessioni, se ciò divenisse necessario per incrementare la certezza giuridica.

Infine, gli elementi che oggi possono essere derivati dal trattato, dalle direttive e dalla giurisprudenza, potranno essere ulteriormente precisati dalla Corte, davanti alla quale pendono istanze pregiudiziali⁽⁷³⁾. Al momento opportuno, la presente comunicazione potrà dunque essere completata per integrarvi nuovi elementi.

(1) GU C 94 del 7.4.1999, pag. 4.

(2) La Commissione ringrazia sentitamente gli operatori economici, i rappresentanti di interessi collettivi, le autorità pubbliche e tutti i privati che, con i loro contributi, hanno permesso di arricchire la presente comunicazione.

(3) Cfr. anche il punto 2.1.2.4 della comunicazione della Commissione «Gli appalti pubblici nell'Unione europea», COM(98) 143, adottata l'11 marzo 1998.

(4) Direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori. (GU L 199 del 9.8.1993, pag. 54).

(5) Direttiva 93/37/CEE, citata.

(6) Direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. (GU L 209 del 24.7.1992, pag. 1); direttiva 93/36/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199 del 9.8.1993, pag. 1); direttiva 93/238/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199 del 9.8.1993, pag. 84).

(7) L'esempio più noto di concessione di lavori pubblici è il contratto mediante il quale uno Stato attribuisce ad una società il diritto di costruire e di gestire un'autostrada, permettendole di remunerarsi attraverso la riscossione di un pedaggio nei confronti dell'utente.

(8) La verifica dovrà essere effettuata caso per caso, prendendo in considerazione vari elementi, quali l'oggetto, la durata e il valore del contratto, la capacità economica e finanziaria del concessionario, nonché ogni altro elemento utile a stabilire che il concessionario sopporta effettivamente il rischio.

(9) Se il rimborso dei finanziamenti fosse effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice senza l'alea connessa alla gestione dell'opera, l'elemento «rischio» verrebbe meno e il contratto dovrebbe essere considerato come appalto di lavori e non come concessione. Inoltre, qualora il concessionario riceva, in maniera diretta o indiretta, durante la vigenza del contratto o anche alla scadenza di questo, una remunerazione (sotto forma di rimborso, ripianamento perdite o altro) diversa da quella derivante dalla gestione, il contratto non potrebbe più essere qualificato come concessione. Nella detta ipotesi, la compatibilità dei finanziamenti supplementari dovrà essere valutata con riferimento a tutte le disposizioni del diritto comunitario.

(10) Ad esempio, la Commissione ha avuto modo di trattare il caso di un consorzio composto da imprenditori e da banche che s'impegnava a realizzare un'opera destinata a soddisfare le necessità dell'amministrazione aggiudicatrice in cambio del rimborso, da parte di questa, del prestito contratto, dagli imprenditori presso le banche, accompagnato da un utile per i partner privati. La Commissione ha considerato questa situazione come un appalto pubblico, in quanto il consorzio non assumeva alcuna attività di gestione e quindi non sopportava alcun rischio ad essa connesso.

La Commissione è giunta alla stessa conclusione in un altro caso in cui, malgrado un'apparenza di gestione da parte del partner privato che effettuava i lavori, detto partner beneficiava in realtà di una garanzia d'indennizzo da parte dell'amministrazione pubblica in condizioni tali che quest'ultima assumeva di fatto i rischi connessi alla gestione.

(11) Ad esempio, quando il pedaggio di un'autostrada è fissato dallo Stato a un livello che non copre il costo della gestione.

(12) Per esempio, il rischio di modifiche al contesto normativo durante l'esecuzione del contratto, (per esempio, in termini di tutela dell'ambiente che richiedano modifiche dell'opera o fiscali tali da sconvolgere l'equilibrio finanziario del contratto) o il rischio di obsolescenza tecnica. Tale tipo di rischi, peraltro, esiste in misura maggiore nel quadro di una concessione, tenuto conto del fatto che essa si estende per un periodo di tempo relativamente lungo (sulla durata delle concessioni, si veda infra, punto 3.1.3).

(13) Si noti che anche nell'ipotesi di un pedaggio fittizio, a carico cioè del concedente, il rischio economico resta se la remunerazione dipende dal tasso di fruizione.

29.4.2000

II

Gazzetta ufficiale delle Comunità europee

C 121/11

- (14) In un caso istruito dalla Commissione, nonostante un'apparenza di gestione, l'amministrazione pubblica aveva garantito al partner privato indennizzi a condizioni tali da assumersi di fatto i rischi di gestione.
- (15) L'assenza di riferimenti alla nozione di concessione di servizi nella direttiva servizi richiede qualche osservazione. Nonostante la Commissione, nel corso dei lavori preparatori di tale direttiva, avesse proposto di prevedere per questo tipo di concessione un regime particolare analogo a quello esistente per le concessioni di lavori, il Consiglio non ha accettato questa proposta. Occorre perciò stabilire se l'attribuzione delle concessioni di servizi non rientri interamente nel regime istituito dalla direttiva servizi. Essa si applica, come sopra precisato, ai «contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi e un'amministrazione aggiudicatrice», fatte salve alcune eccezioni menzionate nella direttiva, tra le quali non figura il contratto di concessione.
- L'interpretazione letterale di questa definizione, seguita da taluni autori, potrebbe portare ad includere nell'ambito di applicazione della direttiva servizi il contratto di concessione, poiché questo è stipulato a titolo oneroso e in forma scritta. Siffatta impostazione comporterebbe che l'attribuzione di una concessione di servizi dovrebbe rispettare tutte le norme di detta direttiva ed essere disciplinata, dunque, da una procedura più complessa di quella delle concessioni di lavori.
- Tuttavia, in mancanza di giurisprudenza della Corte su questo punto, la Commissione, nei casi concreti da essa trattati, non ha seguito questa impostazione. Una questione pregiudiziale pendente davanti alla Corte, solleva la questione della definizione e del regime giuridico applicabile alle concessioni di servizi [Causa C-324/98 *Telaustria Verlags Gesellschaft mbH contro Post & Telekom Austria* (*Telaustria*)].
- (16) Sentenza della Corte del 26 aprile 1994, causa C-272/91, Commissione/Italia (*Lottomatica*).
- (17) Conclusioni dell'avvocato generale La Pergola nella causa C-360/96, *Arnhem*; conclusioni dell'avvocato generale Alber nella causa C-108/98, *R.I. SAN Srl/Comune di Ischia*.
- (18) Nella sentenza del 10 novembre 1998 nella causa C-360/96, *Arnhem*, punto 25, la Corte ha scartato la qualifica di concessione di servizi perché la remunerazione versata consisteva unicamente in un prezzo pagato dai pubblici poteri e non nel diritto a gestire il servizio.
- (19) Conclusioni dell'avvocato generale nella causa *Arnhem*, cit.; conclusioni dell'avvocato generale nella causa *R.I. SAN Srl*, cit.
- (20) Sentenza della Corte del 19 aprile 1994 nella causa C-331/92 *Gestion Hôtelière*, Racc. I-1329.
- (21) Sentenza della Corte del 5 dicembre 1989 nella causa 3/88, *Data Processing*, Racc. 4035.
- (22) La Corte ha del resto applicato lo stesso principio per delimitare gli appalti di forniture e di servizi nella sua sentenza del 18 novembre 1999 nella causa C-107/98, *Teckal Srl contro Comune di Viano e ACAC di Reggio Emilia* (*Teckal*).
- (23) Nel senso più ampio del termine, e cioè gli atti adottati dall'insieme delle autorità pubbliche che fanno parte dell'organizzazione dello Stato (enti pubblici territoriali, regioni, circoscrizioni amministrative, comunità autonome, comuni) nonché quelli adottati da qualsiasi altro organismo che, pur godendo di personalità giuridica autonoma, sia collegato allo Stato da vincoli così stretti da poter essere considerato come facente parte dell'organizzazione di questo. Sono ugualmente compresi nella nozione di atti dello Stato gli atti ad esso imputabili, gli atti, cioè, che, pur non essendo adottati da pubbliche autorità, sono a queste imputabili in ragione degli strumenti di intervento di cui esse dispongono per impedirne l'adozione od imporne la modifica.
- (24) Un ragionamento analogo va seguito riguardo alle concessioni di forniture, che vanno valutate rispetto agli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36) del trattato CE.
- (25) Per esempio, le concessioni di taxi o l'autorizzazione ad utilizzare la strada pubblica (edicole dei giornali, caffè all'aperto), gli atti riguardanti le farmacie, i distributori di benzina.
- (26) Relazioni analoghe a quelle relative al fenomeno talvolta definito «in-house». Quest'ultimo è stato analizzato dapprima dagli avvocati generali La Pergola (nella causa *Arnhem*, cit.), Cosmas (nella causa *Teckal* cit.) e Alber (nella causa *R.I. SAN* cit.).
- (27) Nella precitata sentenza *Teckal*, la Corte ha precisato che perché sia applicabile la direttiva 93/36/CEE «basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo», aggiungendo che «può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano» (punto 50).
- (28) Cause C-94/99 *ARGE* e C-324/98 (*Telaustria*).
- (29) Nel settore dell'audiovisivo, occorre tenere conto del protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri, allegato al trattato di Amsterdam, che modifica il trattato sull'Unione europea (entrato in vigore il 1° maggio 1999).
- (30) Sentenza Sacchi del 30 aprile 1974 nella causa 155/73 e *Elliniki Radiophonia* del 18 giugno 1991 nella causa C-260/89.
- (31) Sentenza precitata *Elliniki Radiophonia*, punto 10.
- (32) Sentenza precitata *Elliniki Radiophonia*, punto 12.
- (33) Conviene ricordare, per quanto attiene il settore dei trasporti, che le rilevanti disposizioni in materia di libera prestazione di servizi sono, ai sensi e per gli effetti del rinvio contenuto nell'articolo 51 (ex 61), gli articoli 70-80 (ex 74-84) del trattato CE. Tuttavia, secondo una giurisprudenza costante della Corte di giustizia, i principi generali di diritto comunitario si applicano in questa materia (cfr. sentenze del 4 aprile 1974, causa C-167/73, Commissione/Francia, del 30 aprile 1986, cause riunite 209/84 e 213/84, *Ministère Public/ASJES* e altri, del 17 maggio 1994, causa C-18/93, *Corsica ferries*, del 1 ottobre 1998, causa C-38/97, *Autotrasporti Librandi snc/Cuttica*).
- I servizi di trasporto per ferrovia, strada e vie navigabili sono, inoltre, disciplinati dal regolamento (CEE) n. 1191/69 così come modificato dal regolamento (CEE) n. 1893/91 che prevede i meccanismi e le procedure che le autorità pubbliche possono utilizzare al fine di assicurarsi che i loro obiettivi per il trasporto pubblico vengano raggiunti.
- (34) È evidente che gli atti e i comportamenti del concessionario sono soggetti alle norme e ai principi suddetti nella misura in cui siano ascrivibili allo Stato ai sensi della giurisprudenza della Corte.
- (35) Sentenza del 9 luglio 1987, cause riunite 27/86, 28/86 e 29/86, *Bellini*.
- (36) Sentenze del 10 marzo 1987, causa 199/85, Commissione/Italia e del 17 novembre 1993, causa C-71/92, Commissione/Spagna.
- (37) Sentenza *Lottomatica*, cit. In tale sentenza la Corte di giustizia ha ritenuto che, nella fattispecie, i compiti del concessionario si limitassero ad attività di tipo tecnico e, come tali, soggette al trattato.
- (38) La Commissione ricorda che misure restrittive, anche se non discriminatorie, sono contrarie agli articoli 43 (ex 52) e 49 (ex 59) del trattato quando non siano giustificate da esigenze imperative d'interesse generale degne di tutela. È il caso delle misure che non sono né adeguate né necessarie per raggiungere lo scopo perseguito.
- (39) Sentenza dell'8 ottobre 1980, causa 810/79, *Überschär*.

C 121/12

IT

Gazzetta ufficiale delle Comunità europee

29.4.2000

- (40) Sentenza del 13 luglio 1993, causa C-330/91, *Commerzbank*; cfr. anche sentenza del 3 febbraio 1982, cause riunite 62 e 63/81, *Seco e Desquenne*.
- (41) Sentenza del 26 febbraio 1992, causa C-357/89.
- (42) Sentenza del 7 luglio 1992, causa C-295/90.
- (43) Sentenza del 22 giugno 1993, causa C-243/89, *Storebælt*, punto 37.
- (44) Sentenza del 25 aprile 1996, causa C-87/94, *Bus Wallons*. Cfr. anche la sentenza del Tribunale di primo grado (nel prosieguo il «TPG») del 17 dicembre 1998, T-203/96, *Embassy Limousines & Services*.
- (45) A tale riguardo, va sottolineato che la presente comunicazione non pregiudica l'interpretazione di regole specifiche in materia di trasporti, previste dal trattato o da regolamenti specifici in vigore o futuri.
- (46) Ad esempio, anche se il capitolato d'oneri può prevedere la possibilità per i candidati d'introdurre miglioramenti tecnici rispetto alle soluzioni previste dal concedente aggiudicatore (il che si verifica sovente nei casi di progetti di infrastruttura complessi), tali miglioramenti non possono riguardare i requisiti essenziali di un progetto e devono essere delimitati.
- (47) Sentenza *Dataprocessing* cit., punto 30.
- (48) Sentenza *Bus Wallons*, cit. punto 54.
- (49) Sentenza del 18 novembre 1999 nella causa C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S*, punto 31.
- (50) La trasparenza può essere garantita, tra l'altro, mediante la pubblicazione di un avviso o di una preinformazione in quotidiani, giornali specializzati o mediante affissione.
- (51) Sentenza dell'11 luglio 1989, causa 265/87, *Schröder*, punto 21.
- (52) Sentenza del 27 ottobre 1993, causa 127/92, punto 27.
- (53) Sentenza del 19 giugno 1980, cause riunite 41/79, 121/79 e 796/79, *Testa et al.*, punto 21.
- (54) Lo stesso dicasi, per esempio, per quanto riguarda l'obbligo di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente o l'applicazione del principio di prudenza.
- (55) Cfr., ad esempio, sentenza del 17 maggio 1984, causa 15/83, *Denkavit Nederland* o la sentenza del TPG del 19 giugno 1997, causa T-260/94, *Air Inter SA*, punto 14.
- (56) Cfr., in proposito, la giurisprudenza recente del TPG, secondo la quale il trattato deve essere applicato «quando un provvedimento adottato da uno Stato membro costituisca una restrizione alla libertà di stabilimento dei cittadini di un altro Stato membro nel suo territorio e procuri, al tempo stesso, vantaggi ad un'impresa dotandola del diritto esclusivo, a meno che siffatto provvedimento statale non persegua uno scopo legittimo, compatibile col trattato, e non si giustifichi permanentemente con esigenze imperative connesse all'interesse generale (...)». In questo caso, il TPG aggiunge che «occorre ancora che il provvedimento nazionale di cui trattasi sia atto a garantire il raggiungimento dello scopo che esso persegue e non vada oltre quanto necessario al raggiungimento di tale scopo» (sentenza dell'8 luglio 1999, causa T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij NV*, punto 108).
- (57) Questo principio è affermato dalla giurisprudenza della Corte in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (in particolare nelle sentenze *Viassopoulou*, del 7 maggio 1991, causa C-340/89 e *Dennemeyer*, del 25 luglio 1991, causa C-76/90). Nella prima sentenza, la Corte constata che «requisiti nazionali di qualificazione, anche se applicati senza discriminazioni fondate sulla nazionalità, possono produrre l'effetto di frapponere ostacoli all'esercizio, da parte di cittadini di altri Stati membri, del diritto di stabilimento loro garantito dall'articolo 43 (ex 52) del trattato CE. Tale potrebbe essere il caso se le norme nazionali considerate facessero astrazione dalle conoscenze e dalle qualifiche già acquisite dall'interessato in un altro Stato membro». Nella sentenza *Dennemeyer*, la Corte precisa in particolare che «uno Stato membro non può subordinare l'esecuzione della prestazione di servizi sul suo territorio all'osservanza di tutte le condizioni prescritte per lo stabilimento, perché altrimenti priverebbe di qualsiasi effetto utile le norme del trattato CE dirette a garantire appunto la libera prestazione dei servizi». Infine, nella causa *Webb* del 17 dicembre 1981 (causa 279/80), la Corte ha aggiunto che la libera prestazione di servizi richiede che «(...) lo Stato membro destinatario della prestazione (...) tenga conto della documentazione e delle garanzie già presentate dal prestatore di servizi per poter esercitare la propria attività nello Stato membro in cui è stabilito».
- (58) Ad esempio, lo Stato membro in cui è fornita la prestazione è tenuto ad accettare le qualifiche equivalenti relative alle capacità professionali, tecniche e finanziarie dei prestatori di servizi già acquisite dagli interessati in un altro Stato membro.
- (59) In tema di qualificazione delle imprese, oltre all'applicazione delle direttive di armonizzazione tecnica, la prova dell'equivalenza può essere portata in virtù di accordi di riconoscimento reciproco dei sistemi di certificazione volontaria: tali accordi possono fondarsi sull'accreditamento che permette di dimostrare la competenza degli organismi di valutazione.
- (60) Sentenza del 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners*.
- (61) Conclusioni dell'avvocato generale Mischio nella causa C-3/88, *Dataprocessing*, cit.
- (62) Sentenza del 15 marzo 1988, causa 147/86, cit.
- (63) Cause C-3/88 e C-272/91, *Data Processing e Lottomatica*, cit.
- (64) Causa T-260/94, *Air Inter SA*, cit. Ad esempio, la Corte ha escluso l'applicazione della deroga relativa all'ordine pubblico in casi in cui essa non era sufficientemente giustificata e l'obiettivo perseguito poteva essere raggiunto con altri mezzi non implicanti una limitazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (cfr. punto 15 della sentenza C-3/88, *Data Processing*, cit.).
- (65) Sentenza del 28 marzo 1996, causa C-272/94, *Guiot/Climattec*.
- (66) Sentenza del 7 maggio 1991, causa C-340/89, *Viassopoulou*, punto 22.
- (67) Sentenza del 15 ottobre 1987, causa 22/86, *Heylens*, punto 14.
- (68) «Per realizzare la finalità della direttiva consistente nel garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici, i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara devono costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici» (cfr. sentenza del 20 settembre 1988, causa 31/87, *Beentjes*, punto 21).

29.4.2000

II

Gazzetta ufficiale delle Comunità europee

C 121/13

- (69) Va ricordato che, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice può imporre al concessionario di affidare a terzi appalti corrispondenti a una percentuale minima del valore globale dei lavori. L'amministrazione aggiudicatrice può anche invitare i candidati concessionari a dichiarare nelle loro offerte tale percentuale minima.
- (70) Analogamente per i concessionari di servizi che sono amministrazioni aggiudicatrici ai sensi della direttiva. Le disposizioni di quest'ultima si applicano alle procedure di aggiudicazione degli appalti da esse lanciati nel quadro della concessione.
- (71) Al riguardo, va ricordato che l'avvocato generale Elmer, nella causa C-433/93, *Commissione/Germania*, ha constatato che secondo la giurisprudenza della Corte (sentenze del 20 settembre 1988, nella causa 31/87, *Beentjes*, e del 22 giugno 1989, nella causa 103/88, *Constanzo*) «le direttive sugli appalti pubblici attribuiscono ai singoli diritti di cui possono avvalersi direttamente, a determinate condizioni dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato e delle amministrazioni aggiudicatrici». L'avvocato generale sostiene, inoltre, che la direttiva 89/665/CEE, successiva a tale giurisprudenza, non limiti i diritti attribuiti da questa giurisprudenza ai singoli nei confronti delle pubbliche autorità. La direttiva, anzi, intende rafforzare «i meccanismi attualmente esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario... in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette» (cfr. secondo considerando della direttiva 89/665/CEE).
- (72) Tuttavia, nella misura in cui il concessionario beneficia di diritti esclusivi o speciali per attività di cui alla direttiva settori speciali, per questi appalti pubblici esso dovrà rispettare le norme di tale direttiva.
- (73) Per esempio, la causa *Telaustria*, cit.

Notifica preventiva di una concentrazione

(Caso COMP/M.1961 — NHS/MWCR)

(2000/C 121/03)

(Testo rilevante ai fini del SEE)

1. In data 18 aprile 2000 è pervenuta alla Commissione la notifica di un progetto di concentrazione in conformità all'articolo 4 del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio ⁽¹⁾, modificato da ultimo dal regolamento (CE) n. 1310/97 ⁽²⁾. Per effetto di tale concentrazione le imprese Nuova Holding Subalpina SpA (NHS), appartenente al Gruppo Sanpaolo/IMI, e MCWRLux Sarl, controllata dal Gruppo Schroders, acquisiscono ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), del suddetto regolamento, il controllo dell'insieme dell'impresa italiana MWCR SpA a seguito di acquisto di elementi dell'attivo.

2. Le attività svolte dalle imprese interessate sono le seguenti:

— NHS: servizi bancari e finanziari anche nei confronti del pubblico;

— MCWRLux: servizi bancari e finanziari anche nei confronti del pubblico.

3. A seguito di un esame preliminare, la Commissione ritiene che la concentrazione notificata possa rientrare nel campo d'applicazione del regolamento (CEE) n. 4064/89. Tuttavia si riserva la decisione finale sul punto in questione.

4. La Commissione invita i terzi interessati a presentare le loro eventuali osservazioni sulla concentrazione proposta.

Le osservazioni debbono pervenire alla Commissione non oltre dieci giorni dalla data di pubblicazione della presente comunicazione. Le osservazioni possono essere trasmesse per fax [n. (32-2) 296 43 01 o 296 72 44] o tramite il servizio postale, indicando il caso COMP/M.1961 — NHS/MWCR, al seguente indirizzo:

Commissione europea
Direzione generale della Concorrenza
Direzione B — Task Force Fusioni
Avenue de Cortenberg/Kortenberglaan 150
B-1040 Bruxelles

(1) GU L 395 del 30.12.1989, pag. 1; versione rettificata: GU L 257 del 21.9.1990, pag. 13.

(2) GU L 180 del 9.7.1997, pag. 1; versione rettificata: GU L 40 del 13.2.1998, pag. 17.

3002

22-4-1982 - GAZZETTA UFFICIALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA - N. 110

CIRCOLARI

MINISTERO DEI LAVORI PUBBLICI

Circolare riguardante l'attuazione della legge 10 dicembre 1981, n. 741, recante ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche.

Com'è noto nella *Gazzetta Ufficiale* n. 344 del 16 dicembre 1981, è stata pubblicata la legge 10 dicembre 1981, n. 741, recante « Ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche », che è entrata in vigore il 17 dicembre dello stesso anno.

Gli obiettivi perseguiti da tale legge sono sostanzialmente quelli di garantire la continuità realizzativa dei programmi, sovvenendo al fabbisogno di liquidità delle imprese; di alleggerire l'attività amministrativa, resa particolarmente pesante dalla applicazione della legge 8 agosto 1977, n. 584; di diminuire per quanto possibile il contenzioso nella gestione degli appalti e di semplificare le procedure di risoluzione delle relative controversie.

Con la presente circolare si ritiene opportuno richiamare l'attenzione su quei punti delle diverse disposizioni della legge che hanno già dato luogo a difficoltà interpretative, ed in modo particolare su quelli che implicano una scelta sui comportamenti da tenere.

1. Prima di affrontare tali problemi, è però opportuno soffermarsi brevemente sulla questione dell'applicazione delle nuove norme ai procedimenti in corso al momento dell'entrata in vigore della legge.

Al riguardo, è bene premettere che si fa riferimento alle norme della legge che riguardano la fase procedurale che precede il sorgere del vincolo obbligatorio con le imprese (es. articoli 1, 8, 9, 10, 14, ecc.); che, invece, per le disposizioni che presuppongono il rapporto contrattuale già sorto (es. articoli 2, secondo comma, 3, ecc.), la loro applicabilità ai contratti in essere deriva o dalla loro formulazione letterale (es. art. 2, secondo comma) o dalla finalità perseguita dal legislatore (es. art. 3 ult. comma, art. 5).

Ciò premesso, con riferimento alla accennata questione di diritto transitorio, questo Ministero ritiene in via generale che debbasi procedere al rinnovo delle procedure in corso, tranne nel caso che sia già stata comunicata alle imprese l'accettazione delle loro offerte.

Si escludono peraltro dalla necessità del rinnovo integrale le procedure di appalto-concorso, essendosi dell'avviso che, anche se non è stata comunicata all'impresa l'accettazione dell'offerta, nulla vieta di integrare le procedure di appalto-concorso in conformità alla legge n. 741, chiedendo, ad esempio, alle imprese invitate di allegare all'offerta il programma dei lavori o, comunque, di far pervenire il programma, nel caso di offerte già inviate.

Premessa questa direttiva di ordine generale, si raccomanda comunque agli uffici in indirizzo di voler segnalare con la massima tempestività i casi concreti che presentassero, sotto i profili di diritto transitorio, ulteriori margini di dubbio o di incertezza operativa.

2. Per quanto riguarda l'art. 1, i problemi applicativi che si intendono chiarire riguardano prevalentemente il programma dei lavori e il normale andamento stagionale sfavorevole.

Al riguardo, si ritiene che gli uffici incaricati di procedere alla predisposizione del programma e all'indicazione del tempo contrattuale, dovranno tenere presenti i seguenti criteri direttivi.

In primo luogo, è necessario che il programma non si risolva in un mero andamento lineare dei lavori, come se in ogni giorno lavorativo venisse realizzata la medesima frazione dell'intero importo contrattuale.

Un tale modo di procedere non sarebbe conforme alla legge, tenuto presente anche il fatto, che all'originaria proposta di legge, l'ipotesi dell'andamento lineare veniva tenuta ben distinta dal programma dei lavori (che si applicava alle opere d'importo superiore a 2 miliardi, mentre la linearità valeva per quelle di ammontare inferiore).

Il programma dei lavori è quindi uno strumento che, benché collegato soltanto alla revisione dei prezzi, deve aderire il più possibile alla realtà del singolo lavoro.

Esso inoltre deve considerare che il periodo iniziale è impegnato per il c.d. incantieramento e, quando previsto, per l'acquisizione delle aree; sicché la produzione è in tale fase a sviluppo zero.

Questo periodo privo di produzione è naturalmente variabile a seconda dell'entità e delle specifiche difficoltà del lavoro; ed è quindi rimesso agli uffici il calcolarlo.

In questa sede si vuole tuttavia sottolineare che esiste anche un altro periodo che è a sviluppo zero, ed è quello che segue a sospensioni che non siano di pochi giorni.

In questi casi, quindi, nell'apportare al programma i conseguenti adattamenti, si terrà conto del tempo necessario per ridare operatività al cantiere.

A proposito della variabilità del programma in presenza di fatti sopravvenuti, si ricorda che il terzo comma dell'art. 1 impone di tenere fermo lo sviluppo del programma se l'interruzione temporanea o il ritardo sono addebitabili all'impresa.

Nel caso che tale imputabilità non sussista, si debbono apportare al programma gli adattamenti suggeriti dalle circostanze.

E' superfluo dire, e per ciò il legislatore ha taciuto, che il programma va allineato alla nuova realtà anche nell'ipotesi di varianti, e ciò sia con riferimento al contenuto della variante, sia ai tempi.

Per quanto riguarda il tempo contrattuale, è indispensabile innanzi tutto stabilire il tempo necessario per l'esecuzione dei lavori anche sulla base delle osservazioni che seguono. A tale tempo va aggiunto quello corrispondente alle previste cause di normale andamento stagionale sfavorevole.

Il penultimo comma dell'art. 1 stabilisce che non possono essere concesse proroghe per recuperare i giorni di normale andamento stagionale sfavorevole.

In relazione a ciò, e ad evitare occasioni di contenzioso, si ritiene opportuno indicare nel capitolato speciale la quota del tempo utile per l'ultimazione dei lavori, corrispondenti ai giorni di normale andamento stagionale sfavorevole.

Esprimendo tale valore, si mira a prevenire qualsiasi contestazione, dato che solo il numero di giorni eccedente quelli già calcolati è suscettibile di proroga per andamento stagionale sfavorevole.

Altro elemento che occorre tenere presente è la zona climatica in cui si svolgono i lavori, e ciò sempre ai fini del conseguente incremento del tempo utile di ultimazione.

Non vanno poi trascurate le variabili attinenti alla potenzialità delle imprese; all'ammontare dei lavori e all'incidenza sull'attività lavorativa della realizzazione di opere d'arte o comunque di categorie di lavoro impegnative.

Infine, si ricorda che, per effetto dei contratti collettivi di lavoro vigenti nell'edilizia, l'attività lavorativa annua presenta un tempo di svolgimento di 1762 ore, che corrispondono a duecentoventi giorni lavorativi annui.

Sull'argomento programma dei lavori non sembra per il momento necessario aggiungere altro, potendo i problemi pratici che si dovessero incontrare risolversi con consultazioni dirette.

Tuttavia, prima di concludere su questo tema, si significa che questo Ministero non intende, per il momento, avvalersi della facoltà di ancorare la revisione dei prezzi al programma dei lavori, per i lavori d'importo compreso fra 500 e 2.000 milioni. E' stato, infatti, considerato che questo, oltre a comportare un appesantimento (e quindi un rallentamento) nella fase preparatoria, si rivelerebbe, anche in sede di gestione dei lavori, particolarmente ritardante, a causa della necessità di tenere, sostanzialmente, una duplice contabilità. Senza trascurare, poi, il fatto che lo sviluppo del programma va adattato alle circostanze sopravvenute, innanzi ricordate.

Per queste considerazioni, non si ritiene coerente con lo spirito acceleratorio della legge adottare, specie nell'attuale situazione, il programma per i lavori rientranti in questa fascia d'importo, e ciò anche ove si sia in presenza dell'ipotesi del secondo comma dell'art. 1 (appalto-concorso, ecc.).

3. L'art. 2 della legge autorizza, alle condizioni ivi stabilite, la corresponsione alle imprese, unitamente all'acconto per revisione dei prezzi, anche del residuo 15 %.

Si ritiene di dover sottolineare che anche tale residuo 15 % deve essere corrisposto alle imprese nei termini e con gli effetti previsti nella legge n. 700.

In pratica tutto l'importo dell'acconto revisionale va erogato in occasione del pagamento degli stati di avanzamento lavori, ed a questa somma, in caso di ritardo, si applicano gli interessi legali e moratori secondo quanto disposto dagli articoli 35 e 36 del capitolato generale del Ministero dei lavori pubblici.

Per quanto riguarda il problema finanziario, si fa presente che, per dare attuazione all'art. 2, si può attingere alla somma globale impegnata per l'esecuzione dei lavori, di cui all'ultimo comma dell'articolo unico della legge 21 dicembre 1974, n. 700, nelle ipotesi tanto del primo, quanto del secondo comma dell'art. 2 della legge n. 741.

4. L'art. 3 della legge ha svincolato la concessione dell'anticipazione dalla domanda dell'impresa, la quale può rinunciare al beneficio soltanto dopo che siano decorsi sei mesi dalla data dell'offerta, senza che l'an-

ticipazione sia stata effettivamente accreditata all'impresa, dovendosi intendere ciò verificato all'atto dell'emissione del relativo mandato di pagamento.

Con riferimento all'art. 3, si richiama l'attenzione sul *carattere interpretativo dell'ultimo comma*, dove viene chiarito che l'importo da sottrarre alla revisione dei prezzi ai sensi dell'art. 14 della legge n. 1 del 1978 non si ottiene defalcando la percentuale del 20 %, o quella minore corrispondente all'aliquota dell'importo dei lavori coperta dall'anticipazione secondo le indicazioni dei decreti del Ministro del tesoro, da ciascun stato di avanzamento, ma non facendo rientrare nel calcolo revisionale l'ammontare del lavoro eseguito dalla consegna fino al raggiungimento di un importo pari alla quota anticipata e comunque non superiore al 20 % dell'importo totale dei lavori.

Con ciò viene definitivamente sciolto ogni dubbio sulla portata dell'art. 14 della legge n. 1, che molte amministrazioni in sede applicativa avevano interpretato nel primo dei sensi anzidetti, escludendo dalla revisione una quota per ciascuno stato di avanzamento. Tale interpretazione aveva però incontrato difficoltà e indotto molte imprese a rinunciare all'anticipazione, in quanto la detrazione prolungata nel tempo veniva ad incidere sugli stati di avanzamento ulteriori, sui cui importi maggiormente viene a pesare l'aumento dei costi.

Il carattere interpretativo della norma di cui al terzo comma comporta la necessità — sempre però subordinatamente ad espressa istanza delle imprese — di rivedere i conteggi relativi ai lavori già eseguiti, in maniera da procedere agli eventuali conguagli.

Prima di concludere su questo specifico punto, si deve però ricordare che per l'anno in corso si è ancora in attesa delle determinazioni del Ministro del tesoro in ordine al rinnovamento delle disposizioni che autorizzano le anticipazioni.

5. In ordine all'art. 4 le direttive che questo Ministero ritiene di dover fornire riguardano le modalità attuative della norma, relativamente alla quantificazione degli interessi.

Premesso che la norma sembra aver legato il riconoscimento degli interessi al mero decorso dei termini, prescindendo dalla causa generatrice degli interessi stessi, si deve innanzi tutto sottolineare che gli adempimenti di cui appresso sono operanti soltanto per i pagamenti effettuati a partire dal 17 dicembre 1981.

Per quanto riguarda la concreta articolazione della norma, si dispone che gli uffici incaricati di emettere il mandato di pagamento comunichino al direttore dei lavori la data dell'emissione del certificato di acconto e del titolo di spesa.

Grazie a tale comunicazione, il direttore dei lavori conosce, ad ogni stato di avanzamento, tutti i tempi impiegati, fino all'emissione del titolo di spesa. Sulla base di questi elementi, gli sarà pertanto agevole calcolare gli interessi eventualmente maturati e aggiungerli nello stato di avanzamento successivo a quello in cui si è verificato il ritardo.

Nel caso che il ritardo nel pagamento si protragga fin oltre il primo stato di avanzamento successivo, dovranno, in questo, contabilizzare gli interessi maturati a quel momento, e così nei successivi stati di avanzamento, fino a quando i pagamenti non saranno stati effettuati e non sarà possibile conoscere con precisione l'esatta misura del ritardo.

3004

22-4-1982 - GAZZETTA UFFICIALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA - N. 119

Prima di concludere sull'art. 4, si fa presente che, qualora il decreto interministeriale di cui all'art. 35, primo comma, del capitolato generale non dovesse essere emanato alla scadenza del 31 agosto 1982 si potrà operare applicando provvisoriamente l'ultimo tasso percentuale noto (che per effetto del decreto ministeriale 12 gennaio 1982 è del 23%) salvo effettuare i necessari conguagli successivamente.

6. Al pari dell'art. 1, l'art. 5 della legge esige una serie di chiarimenti, il primo dei quali attiene alla sua applicabilità ai lavori in corso.

A parte il fine acceleratorio che informa in particolare questa norma della legge, è da considerare che la disposizione, pur avendo un riflesso anche sul rapporto contrattuale in quanto lega al trascorrere del termine per il collaudo (o per l'emissione del certificato di regolare esecuzione), incrementato di due mesi per l'approvazione, gli effetti contemplati nel penultimo comma, incide sul procedimento di collaudo.

L'art. 5, nell'imporre cioè termini perentori all'attività dell'amministrazione, supera ed assorbe ogni diversa previsione.

Si deve ritenere, pertanto, che per i lavori per i quali l'ultimazione non è ancora intervenuta il termine dei sei mesi inizierà a decorrere dalla data di redazione del certificato di ultimazione dei lavori (art. 62 del regio decreto n. 350 del 1895), mentre per quanto riguarda i lavori ultimati prima dell'entrata in vigore della legge n. 741, i termini decorreranno dal 17 dicembre 1981.

Qualora il collaudo non sia ancora iniziato, occorrerà provvedere a sollecitare i collaudatori affinché diano corso alla loro attività con la necessaria sollecitudine in maniera da concludere le operazioni nei termini.

Nel caso che la nomina del collaudatore non sia ancora intervenuta, si dovrà procedere con ogni sollecitudine alla nomina stessa, tenendo presente che per i lavori già ultimati d'importo tra i 150 e 1.000 milioni per i quali non v'è stata ancora nomina del collaudatore, si potrà fare l'uso più esteso della facoltà dell'Amministrazione di sostituire il collaudo con il certificato di regolare esecuzione.

Per il futuro, invece, si dispone che solo per i lavori fino a 500 milioni la verifica avvenga attraverso il certificato di regolare esecuzione, eccettuati i casi in cui sussistano contestazioni con le imprese esecutrici ovvero si ritenga opportuno e necessario approfondire le operazioni tecnico-amministrative di accertamento e, in ogni caso, quando occorra provvedersi del collaudo statuto ai sensi della legge n. 1086 del 1971.

Tutto ciò premesso, si ribadisce che il termine al quale l'art. 5 lega il prodursi degli effetti previsti al penultimo comma, è costituito da quello necessario per collaudare i lavori incrementato dai due mesi per la approvazione del certificato di collaudo o di quello di regolare esecuzione.

Si sottolinea, comunque, che l'effetto dell'inutile decorso dei termini di cui sopra non è quello derivante per i lavori privati dal combinato disposto degli articoli 1667, primo comma, e 1665 quarto comma, del codice civile.

Nel caso dell'art. 5, infatti, la decorrenza dei termini non comporta l'accettazione dell'opera con i vizi e le difformità riconosciuti o riconoscibili — tant'è vero che il penultimo comma fa salve le eventuali responsabilità a carico dell'appaltatore accertate in sede di collaudo

— ma ha soltanto l'effetto dell'estinzione delle garanzie prestate o della restituzione delle somme trattenute sui pagamenti per lavori eseguiti o per revisione dei prezzi.

Se nel corso della verifica vengono accertate responsabilità a carico dell'impresa, si dovrà comunicare immediatamente quanto sopra agli uffici in maniera da conservare i poteri dell'amministrazione sulle somme di cui al penultimo comma dell'art. 5.

Si dovrà inoltre immediatamente contestare all'impresa punto per punto e dando adeguato conto degli addebiti mossi.

7. Con riferimento all'art. 6 della legge n. 741, non vi sono particolari indicazioni da fornire, tranne quelle di adeguare gli schemi degli atti contrattuali alla nuova realtà normativa.

Per quanto riguarda l'ultimo comma, è evidente che la sua ragione ispiratrice è stata, come si è detto, quella di accrescere la liquidità delle imprese per garantire la continuità operativa nella realizzazione dei programmi.

Essendo questo lo spirito della norma, e non essendovi, d'altra parte, elementi testuali in contrario, deve ritenersi che la disposizione si applichi immediatamente ai contratti da stipulare a prescindere dalla data in cui l'offerta è stata presentata.

8. L'art. 7 non presenta problemi applicativi particolari.

Per quanto riguarda questo Ministero nemmeno l'ultimo comma è sostanzialmente innovativo, dato che, fin dal 1978, l'amministrazione dei lavori pubblici aveva prescritto di indicare soltanto la categoria prevalente di iscrizione all'albo (cfr. circolare n. 618 del 25 novembre 1978).

9. Chiarimenti e direttive richiede invece l'art. 8.

La norma mira a garantire la completa aderenza dei prezzi di progetto alla realtà di mercato in atto nel momento in cui si tiene la gara, o meglio in cui si chiede alle imprese di presentare la propria offerta.

In verità, questa aderenza ad una situazione di mercato aggiornata doveva essere assicurata già in precedenza, ma la lunghezza delle procedure rendeva ciò impossibile e d'altra parte la loro rinnovazione non permetteva mai di raggiungere tale risultato.

L'innovazione introdotta dall'art. 8 consiste nel rendere possibile tale aderenza, evitando che l'esigenza di ripercorrere le diverse fasi procedurali renda irraggiungibile l'obiettivo di porre in gara progetti con prezzi aggiornati a tale data.

Quanto al criterio da seguire nell'aggiornamento, esso è simile a quello fissato nell'art. 12 della legge 3 gennaio 1978, n. 1, e cioè quello di procedere con i criteri ritenuti dall'amministrazione più congrui, salvo però a non superare gli aumenti registrati ai fini revisionali.

Peraltro, siccome le rivelazioni effettuate dalle commissioni regionali per la revisione dei prezzi non possono, per loro natura, presentarsi aggiornate a « prima della gara », sembra opportuno effettuare delle proiezioni sulla base dell'andamento dei prezzi registrato nell'ultimo periodo; questo, naturalmente, nel caso di rilevazioni che presentino ritardi di mesi.

10. L'art. 9 — che non è alternativo all'art. 8, non essendo la presenza di prezzi non aggiornati l'unica causa che tiene le imprese lontane dalle gare — pone un problema di compatibilità con il criterio di aggiudicazione che questo Ministero intende adottare per i lavori di propria competenza.

Esprimendo tale valore, si mira a prevenire qualsiasi contestazione, dato che solo il numero di giorni eccedente quelli già calcolati è suscettibile di proroga per andamento stagionale sfavorevole.

Altro elemento che occorre tenere presente è la zona climatica in cui si svolgono i lavori, e ciò sempre ai fini del conseguente incremento del tempo utile di ultimazione.

Non vanno poi trascurate le variabili attinenti alla potenzialità delle imprese, all'ammontare dei lavori e all'incidenza sull'attività lavorativa della realizzazione di opere d'arte o comunque di categorie di lavoro impegnative.

Infine, si ricorda che, per effetto dei contratti collettivi di lavoro vigenti nell'edilizia, l'attività lavorativa annua presenta un tempo di svolgimento di 1762 ore, che corrispondono a duecentoventi giorni lavorativi annui.

Sull'argomento programma dei lavori non sembra per il momento necessario aggiungere altro, potendo i problemi pratici che si dovessero incontrare risolversi con consultazioni dirette.

Tuttavia, prima di concludere su questo tema, si significa che questo Ministero non intende, per il momento, avvalersi della facoltà di ancorare la revisione dei prezzi al programma dei lavori, per i lavori d'importo compreso fra 500 e 2.000 milioni. E' stato, infatti, considerato che questo, oltre a comportare un appesantimento (e quindi un rallentamento) nella fase preparatoria, si rivelerebbe, anche in sede di gestione dei lavori, particolarmente ritardante, a causa della necessità di tenere, sostanzialmente, una duplice contabilità. Senza trascurare, poi, il fatto che lo sviluppo del programma va adattato alle circostanze sopravvenute, innanzi ricordate.

Per queste considerazioni, non si ritiene coerente con lo spirito acceleratorio della legge adottare, specie nell'attuale situazione, il programma per i lavori rientranti in questa fascia d'importo, e ciò anche ove si sia in presenza dell'ipotesi del secondo comma dell'art. 1 (appalto-concorso, ecc.).

3. L'art. 2 della legge autorizza, alle condizioni ivi stabilite, la corresponsione alle imprese, unitamente all'acconto per revisione dei prezzi, anche del residuo 15 %.

Si ritiene di dover sottolineare che anche tale residuo 15 % deve essere corrisposto alle imprese nei termini e con gli effetti previsti nella legge n. 700.

In pratica tutto l'importo dell'acconto revisionale va erogato in occasione del pagamento degli stati di avanzamento lavori, ed a questa somma, in caso di ritardo, si applicano gli interessi legali e moratori secondo quanto disposto dagli articoli 35 e 36 del capitolato generale del Ministero dei lavori pubblici.

Per quanto riguarda il problema finanziario, si fa presente che, per dare attuazione all'art. 2, si può attingere alla somma globale impegnata per l'esecuzione dei lavori, di cui all'ultimo comma dell'articolo unico della legge 21 dicembre 1974, n. 700, nelle ipotesi tanto del primo, quanto del secondo comma dell'art. 2 della legge n. 741.

4. L'art. 3 della legge ha svincolato la concessione dell'anticipazione dalla domanda dell'impresa, la quale può rinunciare al beneficio soltanto dopo che siano decorsi sei mesi dalla data dell'offerta, senza che l'an-

ticipazione sia stata effettivamente accreditata all'impresa, dovendosi intendere ciò verificato all'atto dell'emissione del relativo mandato di pagamento.

Con riferimento all'art. 3, si richiama l'attenzione sul *carattere interpretativo dell'ultimo comma*, dove viene chiarito che l'importo da sottrarre alla revisione dei prezzi ai sensi dell'art. 14 della legge n. 1 del 1978 non si ottiene defalcando la percentuale del 20 %, o quella minore corrispondente all'aliquota dell'importo dei lavori coperta dall'anticipazione secondo le indicazioni dei decreti del Ministro del tesoro, da ciascun stato di avanzamento, ma non facendo rientrare nel calcolo revisionale l'ammontare del lavoro eseguito dalla consegna fino al raggiungimento di un importo pari alla quota anticipata e comunque non superiore al 20 % dell'importo totale dei lavori.

Con ciò viene definitivamente sciolto ogni dubbio sulla portata dell'art. 14 della legge n. 1, che molte amministrazioni in sede applicativa avevano interpretato nel primo dei sensi anzidetti, escludendo dalla revisione una quota per ciascuno stato di avanzamento. Tale interpretazione aveva però incontrato difficoltà e indotto molte imprese a rinunciare all'anticipazione, in quanto la detrazione prolungata nel tempo veniva ad incidere sugli stati di avanzamento ulteriori, sui cui importi maggiormente viene a pesare l'aumento dei costi.

Il carattere interpretativo della norma di cui al terzo comma comporta la necessità — sempre però subordinatamente ad espressa istanza delle imprese — di rivedere i conteggi relativi ai lavori già eseguiti, in maniera da procedere agli eventuali conguagli.

Prima di concludere su questo specifico punto, si deve però ricordare che per l'anno in corso si è ancora in attesa delle determinazioni del Ministro del tesoro in ordine al rinnovamento delle disposizioni che autorizzano le anticipazioni.

5. In ordine all'art. 4 le direttive che questo Ministero ritiene di dover fornire riguardano le modalità attuative della norma, relativamente alla quantificazione degli interessi.

Premesso che la norma sembra aver legato il riconoscimento degli interessi al mero decorso dei termini, prescindendo dalla causa generatrice degli interessi stessi, si deve innanzi tutto sottolineare che gli adempimenti di cui appresso sono operanti soltanto per i pagamenti effettuati a partire dal 17 dicembre 1981.

Per quanto riguarda la concreta articolazione della norma, si dispone che gli uffici incaricati di emettere il mandato di pagamento comunichino al direttore dei lavori la data dell'emissione del certificato di acconto e del titolo di spesa.

Grazie a tale comunicazione, il direttore dei lavori conosce, ad ogni stato di avanzamento, tutti i tempi impiegati, fino all'emissione del titolo di spesa. Sulla base di questi elementi, gli sarà pertanto agevole calcolare gli interessi eventualmente maturati e aggiungerli nello stato di avanzamento successivo a quello in cui si è verificato il ritardo.

Nel caso che il ritardo nel pagamento si protragga fin oltre il primo stato di avanzamento successivo, dovranno, in questo, contabilizzare gli interessi maturati a quel momento, e così nei successivi stati di avanzamento, fino a quando i pagamenti non saranno stati effettuati e non sarà possibile conoscere con precisione l'esatta misura del ritardo.

Come si dirà a proposito dell'art. 10, il criterio da seguirsi è quello degli articoli 1, lettera d), e 4 della legge 2 febbraio 1973, n. 14.

Ebbene, si è del parere che tale criterio non renda incompatibile l'ammissione di offerte anche in aumento.

Il riferimento ai « ribassi », di cui all'art. 4 della citata legge n. 14 del 1973 non contrasta con la possibilità di presentare offerte in aumento sin dal primo esperimento di gara, considerato che l'ammissione di queste ultime è legittimata per la prima volta dall'art. 9 della legge n. 741 del 1981, mentre in precedenza non era ammessa se non nei casi di asta pubblica e solo dopo il primo esperimento di gara andato deserto.

Un'interpretazione sistematica porta a concludere che l'art. 4 della legge n. 14 del 1973 è integrato dall'art. 9 della legge n. 741.

Quanto al modo di procedere, esso è quello minuziosamente descritto nell'art. 4. Va solo aggiunto che se tra le offerte che presentano i maggiori ribassi sono presenti anche offerte in aumento si procederà con media algebrica fra valori di segno diverso.

11. Con riferimento all'art. 10 della legge si dispone innanzi tutto di adottare quale criterio di affidamento mediante licitazione privata dei lavori di competenza di questo Ministero il sistema dell'art. 1, lettera d), della legge n. 14 del 1973, i cui procedimenti sono regolati dall'art. 4.

Le ragioni di questa scelta sono le medesime contenute nella precedente circolare di quest'amministrazione del 6 novembre 1979, n. 1132.

Quanto alla pubblicità, l'art. 10, terzo comma, si riferisce a « tutti i lavori pubblici », senza distinzione di importo.

Le nuove disposizioni, valide transitoriamente sino alla data del 31 dicembre 1983, non modificano, comunque, i sistemi semplificati di pubblicità, di cui all'art. 7, terzo e quarto comma, della legge n. 14 del 1973.

Com'è noto, tale norma, nel testo modificato dall'articolo 36 della legge n. 1 del 1978, stabiliva che per i lavori d'importo fino a 100 milioni la pubblicità fosse da effettuare nell'albo pretorio del comune in cui l'ente committente ha sede; mentre per i lavori di ammontare compreso fra 100 e 1.000 milioni, la stessa norma stabiliva che la notizia delle prossime gare potesse essere data nell'albo dell'ente e su un quotidiano a diffusione regionale, nel caso di comprovati motivi di necessità e di urgenza.

La finalità acceleratoria dell'art. 10 rende palese la sua applicazione ai soli lavori assoggettati alla pubblicità normale, ed esclude quindi che nel suo ambito ricadano i casi che per il precedente regime godevano già di un sistema semplificato.

Tutto questo si ricorda per sottolineare che altrimenti, tali lavori, fruienti di forme di pubblicità semplificata, verrebbero assoggettati al nuovo regime che, rispetto al loro, è notevolmente più pesante.

Resta inteso che per l'appalto-concorso non v'è luogo a pubblicità se si tratta di lavori d'importo fino a 1 miliardo, dato che l'art. 10 si pone come eccezione ad una regola che prevede la pubblicità dell'appalto-concorso soltanto per lavori di ammontare superiore ad un miliardo.

Quanto poi al numero di quotidiani sui quali effettuare la pubblicità richiesta dalle nuove disposizioni, si ritiene pienamente soddisfatta l'esigenza di diffusione

della notizia se questa appare su due quotidiani principali, cioè a carattere nazionale, e su due a diffusione regionale.

12. Sull'art. 11, non sono da fornire istruzioni, ma solo il chiarimento che le varianti previste si riferiscono anche, e soprattutto, a quelle superiori al quinto d'obbligo. Per quanto riguarda i premi di incentivazione di cui all'art. 12, si potrà prevederne l'inserimento in contratto ogni qual volta sussistano particolari ragioni di interesse pubblico che impongano di disporre prima possibile dei lavori appaltati.

Quanto all'entità del premio, essa potrà al massimo essere pari a quella stabilita per la penale.

Nemmeno l'art. 13 esige particolari chiarimenti, trattandosi tra l'altro di norma presente nell'ordinamento fin dal 1924, anche se non espressamente prevista dalla legge n. 584 del 1977.

13. Con riferimento all'art. 14, e a proposito dell'applicabilità della legge n. 741 ai procedimenti in corso, gli uffici dovranno tenere conto nella redazione dei progetti della nuova entità delle spese generali, sempre che non sia stata già indetta la gara o, nel caso di trattativa privata, richiesto all'impresa di inviare l'offerta. Per quanto riguarda l'aspetto finanziario, si potrà attingere intanto alle somme a disposizione per il conseguente incremento di spesa. Quanto infine all'entità delle spese generali, si dovrà mantenere la proporzione con i criteri seguiti in precedenza, sicché se l'ammontare delle spese generali era del 12 %, adesso dovrà essere del 15 %.

14. L'art. 15 contiene norme che non richiedono alcun chiarimento, a differenza dell'art. 16, il quale comporta una scelta dell'amministrazione.

A tale riguardo, si deve premettere che la regola fissata dal legislatore è il ricorso all'arbitrato, e che la opzione per il giudice ordinario è l'eccezione.

Sulla base di tale premessa, va tuttavia ulteriormente considerato che per i lavori di non elevato importo, non pare opportuno il ricorso all'arbitrato.

Per quanto si tratti di procedura più snella e che assicura cognizione particolarmente competente delle questioni insorte, si deve ritenere per il momento inopportuno prevedere il ricorso all'arbitrato, allorché l'importo a base d'asta sia inferiore a 1 miliardo.

Per questi lavori, quindi, tanto il capitolato speciale, quanto l'invito dovranno espressamente contenere la clausola di esclusione della competenza arbitrale.

Questo tuttavia non esclude che se in corso d'opera, e specialmente per le controversie previste dall'art. 44 del capitolato generale, le parti dovessero convenire sull'opportunità di rimettere al collegio arbitrale la risoluzione delle controversie, ciò si potrà realizzare sull'accordo delle parti.

15. Con riferimento, infine, all'art. 17, non vi sono motivi per intervenire con direttive. Un chiarimento sembra comunque necessario per comprendere la ragione d'essere della norma.

L'articolo stabilisce, al primo comma, che per i ricorsi amministrativi in materia di revisione prezzi disciplinati dall'art. 4 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 6 dicembre 1947, n. 1501, e successive modifiche, non si applicano né l'art. 6 del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, sulla semplificazione dei procedimenti in materia di

3006

22-4-1982 - GAZZETTA UFFICIALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA - N. 110

ricorsi amministrativi, né l'art. 20 (l'art. 17 dice « 29 » ma si tratta di un mero errore di stampa) della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali. In base a tali norme (articoli 6 e 20 citati) se i ricorsi amministrativi non vengono decisi entro novanta giorni dalla presentazione, si forma il c.d. silenzio-rigetto; da codesto momento decorre il termine per la notificazione del ricorso giurisdizionale amministrativo.

La disposizione dettata dal primo comma dell'art. 17, sull'inapplicabilità ai ricorsi per la revisione dei prezzi delle norme che regolano il silenzio-rigetto, tende a prevenire numerosi ricorsi giurisdizionali, di solito proposti cautelativamente dalle imprese, entro sessanta giorni dallo scadere del novantesimo giorno successivo alla presentazione del ricorso amministrativo, allo scopo di evitare la decadenza dal ricorso giurisdizionale per mancata impugnazione del silenzio-rigetto.

Si è così legislativamente accolta una soluzione diversa da quella additata dalla giurisprudenza che, ad evitare l'inconveniente del silenzio-rigetto, aveva spostato il decorso del termine di novanta giorni comminato dall'art. 6 del decreto del Presidente della Repub-

blica n. 1199/1971 dalla data di presentazione del ricorso a quella del deposito del parere espresso dalla commissione di cui all'art. 4 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 6 dicembre 1947, n. 1501 (v. C.d. St., sez. IV, 19 aprile 1977, n. 403).

Peraltro col secondo comma dell'art. 17 si demanda alla volontà dell'interessato la scelta tra il proporre ricorso giurisdizionale nei sessanta giorni dalla formazione del silenzio-rigetto, e il differirlo al sessantesimo giorno dall'emissione del parere di detta commissione. Ove la scelta cada sulla seconda alternativa il ricorrente (scl. in via amministrativa), scaduti i novanta giorni dalla presentazione del ricorso, può, entro i successivi sessanta giorni, dichiarare all'autorità adita di voler attendere l'emissione del mentovato parere prima di proporre eventuale ricorso giurisdizionale.

La norma sembra applicabile, in quanto norma processuale, anche ai ricorsi amministrativi per revisione prezzi, pendenti alla data di entrata in vigore della legge n. 741 (17 dicembre 1981).

Il Ministro: NICOLAZZI

(1986)

prese interessate dopo l'entrata in vigore della legge in oggetto va corrisposto, per l'espressa lettera del primo comma dell'art. 2, «nei termini e con gli effetti di cui alla legge 21 dicembre 1974 n. 700».

Pertanto anche detto 15 per cento verrà calcolato in sede di corresponsione dell'acconto per i lavori eseguiti e per il relativo pagamento, escluso ogni parere già previsto dalla vigente normativa, potrà utilizzarsi, ove necessario, la somma globale impegnata per l'esecuzione dei lavori, salva la successiva apposita integrazione (cosiddetto «reintegro»).

Gli uffici periferici, allorché i lavori avranno raggiunto un avanzamento pari all'85 per cento dell'ammontare contrattuale complessivo (importo originario per lavori + importi suppletivi eventuali), dovranno trasmettere immediatamente a questa Direzione Generale (Direzione Centrale Tecnica Ispettiva delle Strade ed autostrade statali) i relativi elaborati revisionali con tutta la connessa documentazione.

Quanto sopra precisato in ordine al disposto del primo comma dell'art. 2 della legge n. 741/1981 in argomento, per quanto concerne il secondo comma si osserva che, come accennato, la norma ivi contenuta autorizza il pagamento alle imprese interessate degli importi residui degli acconti per revisione dei prezzi relativi a lavori eseguiti o in corso prima dell'entrata in vigore della stessa citata legge.

Trattasi delle «trattenute» pari al 15 per cento dell'importo dei singoli acconti corrisposti a termini della legge n. 700/1974 e, pari ad un percentuale anche maggiore (ordinariamente il 20 per cento), per gli acconti corrisposti in applicazione della normativa anteriore alla stessa legge n. 700.

Il pagamento delle cennate somme residue verrà effettuato facendo gravare la relativa spesa sugli importi impegnati per il titolo «revisione dei prezzi» nel quadro economico del singolo rapporto contrattuale d'appalto.

Ove detti importi risultino già assorbiti da precedenti emessi titoli di spesa si dovrà provvedere mediante nuovo apposito impegno, sempre che l'impegno stesso sia valutato compatibile con le disponibilità di competenza e di cassa.

Ai fini della corresponsione, subordinatamente a garanzia, degli importi revisionali residui di cui trattasi (art. 2, secondo comma, legge n. 741/1981) si dispone:

a) l'impresa interessata dovrà inoltrare

domanda indirizzata a questa Direzione Generale (Direzione Centrale Amministrativa Gestione Lavori ed Autostrade) e, per conoscenza, all'ufficio periferico competente;

b) il competente Compartimento della viabilità o Ufficio speciale trasmetterà, con ogni sollecitudine, apposita relazione sullo stato dei lavori, sia sugli importi revisionali corrisposti, precisando quelli residui che dovrebbero corrispondersi;

c) la Direzione Centrale Amministrativa Gestione Lavori ed Autostrade, esaminata la documentazione pervenuta, provvederà, ove possibile, a richiedere alla stessa impresa interessata la necessaria fidejussione precisando l'importo (residuo revisionale + I.V.A.);

d) pervenuta la garanzia fidejussoria verrà disposto il pagamento con specifico provvedimento.

Si segnala il più attento adempimento delle impartite istruzioni.

Circolare ANAS
Direzione Centrale Tecnica Ispettiva strade ed autostrade statali
1 febbraio 1982, n. 25
Legge 10 dicembre 1981, n. 741 - Programma lavori - Tempi contrattuali

È noto che la legge 10 dicembre 1981 n. 741 prescrive, all'art. 1, che per i lavori di importo superiore a lire 2 miliardi (e, facoltativamente, per i lavori di importo compreso fra L. 500 milioni e L. 2 miliardi) l'Amministrazione predispone il programma dello sviluppo esecutivo dei lavori, programma che deve essere allegato al Capitolato Speciale e che deve essere menzionato nella lettera di invito alle Imprese.

Conseguentemente, si dispone che ai Capitolati Speciali che corredano i progetti di sottoporre all'esame degli organi Consultivi, per tutti i lavori di importo superiore a L. 500 milioni, sia unito il programma di sviluppo dei lavori che deve avere di massima il seguente andamento:

a) i lavori possono avere sviluppo zero nel periodo iniziale, durante il quale debbono essere effettuate le installazioni dei cantieri e acquisite le aree necessarie alla costruzione dell'opera;

b) entro un quarto del tempo contrattuale Tc deve essere eseguito almeno l'8% dell'importo totale dei lavori;

c) entro la metà del tempo contrattuale Tc deve essere eseguito almeno il 35% dell'importo totale dei lavori;

d) entro i tre quarti del tempo contrattuale Tc deve essere eseguito almeno il 70% dell'importo totale dei lavori;

e) nei tempi intermedi a quelli sopra definiti il diagramma ha sviluppo lineare.

Lo sviluppo effettivo dei lavori dovrà essere tale da tenere conto che, sempre a norma dell'art. 1 della Legge di cui trattasi, non verranno concesse proroghe per rallentamenti o soste imputabili ad andamento stagionale, essendo tali rallentamenti o soste già compiute nel tempo contrattuale Tc assegnato e ciò dovrà essere esplicitamente chiarito in calce al programma di sviluppo lavori.

Per quanto concerne il tempo contrattuale Tc, si fa presente che esso è stato ritenuto funzione dei seguenti parametri principalmente:

- zona climatica;
- altitudine;
- installazione cantieri ed espropriazioni;
- avversità meteoriche;
- potenzialità della Impresa (per importo di iscrizione all'A.N.C.);
- grado di difficoltà dei lavori (incidenza viadotti e gallerie);
- ammontare dei lavori.

È stato pertanto predisposto l'unito fascicolo dotato di una tabella attraverso la quale si rende possibile, conoscendo i dati distintivi di ogni singolo lavoro, determinare il tempo contrattuale Tc da prevedere per l'esecuzione del lavoro stesso.

Come è possibile notare, il tempo Tc è variabile tra i 20 ed i 40 mesi, salvo gli incrementi per l'altitudine e per le fasce di importo (di 3 in 3 miliardi di lire) oltre i 12 miliardi di lire.

I tempi Tc sono determinati si riferiscono peraltro a lavori stradali ordinari. Tempi: notevolmente minori (e, correlativamente tempi minori, se non nulli, di avviamento) possono essere assegnati a lavori tipicamente stagionali (pavimentazioni) o che non richiedano installazione di cantieri ad hoc o l'effettuazione di espropri, mentre tempi diversi possono essere oggetto di apposita determinazione in caso di lavori di particolare natura, giacitura ed importanza.

In tale maniera stabilito il tempo contrattuale Tc di esecuzione dei lavori, si chiarisce in aggiunta:

— in caso di sospensione dei lavori, disposta per motivi dell'Amministrazione, in genere diversi da quelli relativi ad «andamento stagionale sfavorevole», il tempo contrattuale Tc verrà aumentato dal tempo Ts (durata della sospensione). Ciò comporterà una traslazione del programma dei lavori parallelamente a se stesso nel tratto successivo al verificarsi della sospensione;

— in caso di concessione di proroga al termine di ultimazione, il tempo contrattuale Tc verrà aumentato del tempo Tp (proroga concessa). Ciò comporterà una modifica lineare del programma dei lavori nel tratto successivo alla domanda di proroga, nel senso che tutte le successive ascisse del programma verranno gradualmente aumentate di un valore da O alla domanda a Tp a fine lavori;

— in caso di stipula di atto aggiuntivo comportante un maggior termine ma non un maggior importo di lavori, ci si regolerà come per il caso precedente, salvo fissare l'inizio del flesso alla data di autorizzazione dell'Amministrazione alla esecuzione dei lavori in variante (autorizzazione che può essere impartita dopo l'esame favorevole della perizia da parte dell'organo Consultivo, a termine dell'art. 11 della nuova legge);

— in caso di stipula di atto aggiuntivo comportante invece un maggior importo di lavori ed un maggior tempo di esecuzione (da assumere in genere proporzionale al tempo Tc originario), il maggior tempo ed il maggior importo verranno aggiunti a quelli iniziali e le variazioni saranno graduali, a partire dalla stessa data di autorizzazione di cui sopra;

— nel caso di atto aggiuntivo comportante variazioni di termini, appare necessario che venga, tra le altre clausole, prevista quella inerente la variazione del programma come sopra visto, variazione che dovrà essere preliminarmente accettata dall'Impresa nell'atto diottomissione. Negli altri casi (sospensione, proroga), sembra invece opportuno che l'Impresa dichiari in calce al verbale o alla domanda di accettare la variazione al programma conseguente alla sospensione o alla proroga.

Nel far presente che con separata circolare della Direzione Centrale Tecnica vengono segnalate le modifiche da apportare al Capitolato Speciale d'Appalto conseguenti alla emanazione della stessa Legge n. 741, si resta in attesa di assicurazione di esatto adempimento delle presenti disposizioni.



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti
DIPARTIMENTO PER LE OPERE PUBBLICHE E PER L'EDILIZIA
DIREZIONE GENERALE STRADE ED AUTOSTRADE/AGV

Prot. n. 890
A

Roma, 23 MAR 2003

Al Presidente dell'Anas Spa

Via Monzambano, 10

00185 R O M A

Oggetto: Bilancio Anas dell'esercizio finanziario 2002.

L'assemblea dell'ANAS S.p.A., nella riunione del 20 giugno 2003, ha modificato, previa approvazione intervenuta con D.L. in data 5.06.2003, l'art. 23 dello Statuto, stabilendo che il primo esercizio sociale avesse inizio dalla data della prima assemblea (19 dicembre 2002) e terminasse il 31 dicembre del 2003.

Il Bilancio consuntivo dell'ANAS per l'esercizio finanziario 2002, approvato dal Consiglio di Amministrazione nella seduta del 26 giugno 2003, è stato pertanto chiuso alla data del 18/12/2002, anticipatamente rispetto alla normale chiusura del 31 dicembre.

Tale anticipazione di chiusura dell'esercizio, necessaria per effetto della trasformazione dell'Ente in Società per azioni, se da un lato non modifica sostanzialmente l'impostazione formale del documento, dall'altro non consente una analisi dettagliata di raffronto tra le risultanze dell'anno finanziario 2002 ed il precedente anno 2001.

Il consuntivo dell'anno 2002 non comprende, infatti, gli eventi economici e, soprattutto, finanziari intercorsi nel periodo 19-31 dicembre quali, ad esempio, la corresponsione degli emolumenti e delle indennità accessorie di fine anno, il pagamento di fatture e di SAL sistematicamente di entità ragguardevole nell'ultimo periodo dell'anno.