

**LE PRINCIPALI NOVITÀ DEL TERZO DECRETO
CORRETTIVO AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.
IL DECRETO LEGISLATIVO N. 152, 2008**

SOMMARIO: 1. Principali novità. — 2. Le opere di urbanizzazione a scomputo. — 3. Il *project financing*. — 4. Consorzi stabili: la previsione del comma 7 dell'art. 37.

1. Principali novità.

Come è noto, il decreto legislativo in parola nasce «in limine» costituzionale: infatti, l'interpretazione data dall'Esecutivo e confermata anche dal Consiglio di Stato in sede consultiva lo scorso luglio, si muove lungo la tesi per cui sarebbe legittimo l'esercizio della delega della legge quadro n. 62/2005 (art. 25) anche nella normazione avviata prima dello scadere dei due anni delegati (30 giugno 2008).

Al di là delle questioni costituzionali, per le quali e sulla cui correttezza comunque si potrebbe discutere, le principali novità operate dal III decreto correttivo possono essere riassunte in una serie di interventi modificativi della precedente disciplina per lo più sollecitati dalla Commissione UE e o dalla giurisprudenza comunitaria. Tali interventi non consentono di leggere, nel decreto, un filo conduttore, trattandosi di specifiche modifiche di singoli istituti⁽¹⁾.

Della nuova normazione relativa alle opere di urbanizzazione a scomputo, specie per il sotto-soglia, dello sdoppiamento dell'istituto del *project* e delle novità in tema di consorzi stabili si dirà più diffusamente più avanti. All'inizio occorre evidenziare le seguenti novità:

1) Art. 37, comma 11: lavori specialistici: se nell'oggetto dell'appalto rientrano opere di rilevante complessità tecnica, e se una di tali opere superi il 15% dell'importo totale dei lavori, è esperibile il subappalto *ex art.* 118, c. 2 terzo periodo — limite al 30% e si lascia al regolamento *ex art.* 5 del Codice il compito di definire l'elenco delle opere. Pertanto, in forza del III decreto correttivo per le categorie specialistiche (con il tetto minimo già previsto nella vecchia formulazione pari al 15%) è possibile il subappalto, invece dell'obbligatorietà di costituzione dell'ATI verticale (che era prevista nella vecchia disciplina); è sancito, in coerenza con l'art. 118 del Codice, il limite al subappalto del 30% dell'importo dell'opera stessa, evitando così l'aggiudicazione ad imprese che non rivestano qualifiche specialistiche e che poi affiderebbero *in toto* mediante il subappalto le stesse lavorazioni richieste dal bando.

2) Avvalimento: art. 49: in coerenza con quanto indicato dalla Commissione UE nella lettera di messa in mora del 1° febbraio 2008, è stato abrogato il comma 7 (limitazioni che il bando poteva prevedere) ed è stata operata la riformulazione del comma 6; in tale ultima ipotesi, per il lavoro, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun

requisito o categoria, salvo che il bando preveda l'avvalimento di più ausiliarie e il divieto comunque di utilizzo frazionato per il singolo concorrente dei singoli requisiti⁽²⁾.

3) Art. 79: nell'elenco delle informazioni d'ufficio, è stata inserita al comma 5 la lett. *b-bis*: bisognerà comunicare la decisione di non aggiudicare l'appalto, cioè i motivi per cui non s'è aggiudicato⁽³⁾.

4) Art. 83: è soppresso il terzo periodo del comma 4, e quindi è stata abrogata la previsione secondo cui la commissione prima dell'apertura delle buste fissa i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire il punteggio.

5) Art. 6, comma 10: è stato formalmente positivizzato il casellario informativo anche per servizi e forniture. Già l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici aveva emanato la determinazione n. 1/2008 nella quale aveva dettato la disciplina in materia.

6) Dall'art. 38, lett. *m-bis* non v'è più l'indicazione «da parte dell'autorità»; dunque, si parla di decadenza anche per ritiro da parte delle SOA.

7) Art. 40, comma 9-ter, nuovo periodo: obbligo per le SOA di comunicare all'Autorità l'avvio del procedimento di verifica del possesso dei requisiti e l'esito.

8) Lavori in economia: eliminazione del tetto dei 100mila euro per le manutenzioni, che sono state alzate a 200mila euro.

9) I bandi dovranno tenere conto di nuovo tetti per l'esclusione automatica: sotto soglia la discrezionalità (che prevedeva la possibilità — se previsto nel bando — di escludere automaticamente le offerte anomale) è ora limitata: per i lavori l'esclusione automatica è ammessa solo per importi inferiori a 1 milione di euro (a 100mila euro per servizi e forniture). Comunque, il numero dei candidati minimo sale da cinque a dieci⁽⁴⁾.

10) Fra le cause di esclusione *ex art.* 38 del Codice è stata inserita la previsione secondo cui anche per il subappaltatore vige il divieto per un anno di partecipare e di stipulare i contratti d'appalti pubblici nel caso di false dichiarazioni.

2. Le opere di urbanizzazione a scomputo.

Relativamente alle opere di urbanizzazione a scomputo, vediamo nel dettaglio le innovazioni operate in materia dal III decreto correttivo.

Oggetto della modifica sono i lavori pubblici di opere di urbanizzazione a scomputo, cioè la possibilità per i titolari privati di un permesso di costruire, di assumere a scomputo totale o parziale della contribuzione dovuta per il rilascio del permesso l'obbligazione per l'esecuzione delle opere di urbanizzazione⁽⁵⁾.

La legislazione in materia risale al 1977, con la legge 28 gennaio, n. 10 (in *Gazz. Uff.*, 29 gennaio, n. 27) «Norme per la edificabilità dei suoli». L'art. 10 disciplinava la «Concessione relativa ad opere o impianti non destinati alla residenza» e stabiliva che: «La concessione relativa a costruzioni o impianti destinati ad attività industriali o artigianali dirette alla trasformazione di beni ed alla presentazione di servizi comporta la corresponsione di un contributo pari alla incidenza delle opere di urbanizzazione, di quelle necessarie al trattamento e allo smaltimento dei rifiuti solidi, liquidi e gassosi e di quelle necessarie alla sistemazione dei luoghi ove ne siano alterate le caratteristiche. La incidenza di tali opere è stabilita con deliberazione del consiglio comunale in base a parametri che la regione definisce con i criteri di cui alle lettere a) e b) del precedente art. 5, nonché in relazione ai tipi di attività produttiva».

(2) Sul tema cfr. R. MANGANI, *Avvalimento, via ogni limite al prestito parziale dei requisiti richiesti dal bando*, in *Edilizia e territorio*, n. 39/2008, pp. 31 e ss.

(3) A. CANCRINI, P. PISELLI, V. CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario*, op. cit., sub-commento art. 79.

(4) Sul tema, cfr. E. GIUFFRÈ, *Resta l'esclusione automatica delle offerte anomale ma si abbassano le soglie*, in *Edilizia e territorio*, n. 39/2008, pp. 21 e ss.

(5) Vedi S. MARTINO, *Commento all'art. 32, in Codice degli appalti pubblici e nuovo regolamento* (a cura di R. Garofoli-G. Ferrari), 2008, II, Nel diritto editore, 162 e ss.

(1) Per quanto qui di seguito espresso, cfr. A. CANCRINI, P. PISELLI, V. CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario al Codice dei contratti pubblici*, V edizione, IGOP, Roma, ottobre 2008.

La concessione relativa a costruzioni o impianti destinati ad attività turistiche, commerciali e direzionali comporta la corresponsione di un contributo pari all'incidenza delle opere di urbanizzazione, determinata ai sensi del precedente articolo 5, nonché una quota non superiore al 10 per cento del costo documentato di costruzione da stabilirsi, in relazione ai diversi tipi di attività, con deliberazione del consiglio comunale. Qualora la destinazione d'uso delle opere indicate nei commi precedenti, nonché di quelle nelle zone agricole previste dal precedente articolo 9, venga comunque modificata nei dieci anni successivi all'ultimazione dei lavori, il contributo per la concessione è dovuto nella misura massima corrispondente alla nuova destinazione, determinata con riferimento al momento della intervenuta variazione».

L'articolo è stato poi abrogato dall'art. 136, comma 2, d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, a decorrere dal 30 giugno 2003, ai sensi dell'art. 3, d.l. 20 giugno 2002, n. 122, conv., con modificazioni, in l. 1° agosto 2002, n. 185.

Il decreto n. 380/2001 (in Suppl. ordinario n. 239 alla Gazz. Uff., 20 ottobre, n. 245), «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia», a sua volta nell'art. 16 (inserito nella Parte I Attività edilizia, Titolo II Titoli abilitativi, Capo II Permesso di costruire, Sez. II Contributo di costruzione) «Contributo per il rilascio del permesso di costruire» stabilisce che: «1. Salvo quanto disposto dall'articolo 17, comma 3, il rilascio del permesso di costruire comporta la corresponsione di un contributo commisurato all'incidenza degli oneri di urbanizzazione nonché al costo di costruzione, secondo le modalità indicate nel presente articolo.

2. La quota di contributo relativa agli oneri di urbanizzazione è corrisposta al comune all'atto del rilascio del permesso di costruire e, su richiesta dell'interessato, può essere rateizzata. A scomputo totale o parziale della quota dovuta, il titolare del permesso può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione, nel rispetto dell'articolo 2, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, con le modalità e le garanzie stabilite dal comune, con conseguente acquisizione delle opere realizzate al patrimonio indisponibile del comune (lettera integrata dall'articolo 1 del d. lgs. 27 dicembre 2002, n. 301).

3. La quota di contributo relativa al costo di costruzione, determinata all'atto del rilascio, è corrisposta in corso d'opera, con le modalità e le garanzie stabilite dal comune, non oltre sessanta giorni dalla ultimazione della costruzione.

4. L'incidenza degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria è stabilita con deliberazione del consiglio comunale in base alle tabelle parametriche che la regione definisce per classi di comuni in relazione:

- a) all'ampiezza ed all'andamento demografico dei comuni;
- b) alle caratteristiche geografiche dei comuni;
- c) alle destinazioni di zona previste negli strumenti urbanistici vigenti;
- d) ai limiti e rapporti minimi inderogabili fissati in applicazione dell'articolo 41-quinquies, penultimo e ultimo comma, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e successive modifiche e integrazioni, nonché delle leggi regionali.

5. Nel caso di mancata definizione delle tabelle parametriche da parte della regione e fino alla definizione delle tabelle stesse, i comuni provvedono, in via provvisoria, con deliberazione del consiglio comunale.

6. Ogni cinque anni i comuni provvedono ad aggiornare gli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria, in conformità alle relative disposizioni regionali, in relazione ai riscontri e prevedibili costi delle opere di urbanizzazione primaria, secondaria e generale.

7. Gli oneri di urbanizzazione primaria sono relativi ai seguenti interventi: strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione, spazi di verde attrezzato.

7-bis. Tra gli interventi di urbanizzazione primaria di cui al comma 7 rientrano i cavedi multiservizi e i cavidotti per il passaggio di reti di telecomunicazioni, salvo nelle aree individuate dai comuni sulla base dei criteri definiti dalle regioni. (Comma aggiunto dall'articolo 40 della legge 1 agosto 2002, n. 166).

8. Gli oneri di urbanizzazione secondaria sono relativi ai seguenti interventi: asili nido e scuole materne, scuole dell'obbligo nonché strutture e complessi per l'istruzione superiore all'obbligo, mercati di quartiere, delegazioni comunali, chiese e altri edifici religiosi, impianti sportivi di quartiere, aree verdi di quartiere, centri sociali e attrezzature culturali e sanitarie. Nelle attrezzature sanitarie sono ricomprese le opere, le costruzioni e gli impianti destinati allo smaltimento, al riciclaggio o alla distruzione dei rifiuti urbani, speciali, pericolosi, solidi e liquidi, alla bonifica di aree inquinate.

9. Il costo di costruzione per i nuovi edifici è determinato periodicamente dalle regioni con riferimento ai costi massimi ammissibili per l'edilizia agevolata, definiti dalle stesse regioni a norma della lettera g) del primo comma dell'articolo 4 della legge 5 agosto 1978, n. 457. Con lo stesso provvedimento le regioni identificano classi di edifici con caratteristiche superiori a quelle considerate nelle vigenti disposizioni di legge per l'edilizia agevolata, per le quali sono determinate maggiorazioni del detto costo di costruzione in misura non superiore al 50 per cento. Nei periodi intercorrenti tra le determinazioni regionali, ovvero in eventuale assenza di tali determinazioni, il costo di costruzione è adeguato annualmente, ed autonomamente, in ragione dell'intervenuta variazione dei costi di costruzione accertata dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT). Il contributo afferente al permesso di costruire comprende una quota di detto costo, variabile dal 5 per cento al 20 per cento, che viene determinata dalle regioni in funzione delle caratteristiche e delle tipologie delle costruzioni e della loro destinazione ed ubicazione.

10. Nel caso di interventi su edifici esistenti il costo di costruzione è determinato in relazione al costo degli interventi stessi, così come individuati dal comune in base ai progetti presentati per ottenere il permesso di costruire. Al fine di incentivare il recupero del patrimonio edilizio esistente, per gli interventi di ristrutturazione edilizia di cui all'articolo 3, comma 1, lettera d), i comuni hanno comunque la facoltà di deliberare che i costi di costruzione ad essi relativi non superino i valori determinati per le nuove costruzioni ai sensi del comma 6 (Vedi deroga di cui all'articolo unico dell'ordinanza 13 dicembre 2005).

Da tali previsioni normative era evidente che il privato soggetto titolare del permesso di costruire poteva eseguire direttamente le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo.

Sul punto e al fine di sottoporre tale esecuzione alle regole dell'evidenza pubblica, si già era pronunciata la Corte di giustizia CE, Sez. VI, il 12 luglio 2001, nella Causa C-399/1998 avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia nella causa dinanzi ad esso pendente tra Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, e il Comune di Milano; domanda vertente sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (G.U. 1. 199, pag. 54).

Occorre ripercorrere l'iter di quella sentenza innovativa in materia di opere d'urbanizzazione.

La Corte, dopo aver precisato in particolare che la suddetta direttiva, aveva disposto che:

a) le «attività di cui all'allegato II», menzionate all'art. 1, lett. a), della direttiva, sono le attività di edilizia e di genio civile corrispondenti alla classe 50 della nomenclatura generale delle attività economiche nelle Comunità europee (in prosieguo: la «NACE»). Nel novero di tali attività compare espressamente la categoria relativa alla costruzione di immobili.

b) Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché i concessionari di lavori pubblici, diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici, applichino le regole di pubblicità definite all'articolo 11, paragrafi 4, 6, 7 e da 9 a 13 ed all'articolo 16, per gli appalti che essi concludono con terzi, se il valore di tali appalti è pari o superiore alla soglia comunitaria;

c) Per quanto riguarda le procedure di attribuzione degli appalti pubblici di lavori, l'art. 7 della direttiva stabilisce, ai nn. 2 e 3, i casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrere alla procedura negoziata.

d) In tutti gli altri casi, le amministrazioni aggiudicatrici attribuiscono gli appalti di lavori mediante la procedura aperta o la procedura ristretta; e che nella normativa italiana in materia urbanistica:

a) l'attività edificatoria è soggetta al controllo delle pubbliche autorità. Ai sensi dell'art. 1 della legge 28 gennaio 1977, n. 10, «[o]gni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comunale partecipa agli oneri ad essa relativi e la esecuzione delle opere è subordinata a concessione da parte del sindaco»;

b) ai sensi dell'art. 3 della medesima legge, intitolato «Contributo per il rilascio della concessione» «[l]a concessione comporta la corresponsione di un contributo commisurato all'incidenza delle spese di urbanizzazione nonché al costo di costruzione» (in prosieguo: il «contributo per gli oneri di urbanizzazione»). Il contributo per gli oneri di urbanizzazione viene corrisposto al Comune all'atto del rilascio della concessione. Tuttavia, ai sensi dell'art. 11, primo comma, della legge n. 10/77, «a scomputo totale o parziale della quota dovuta, il concessionario può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione con le modalità e le garanzie stabilite dal Comune»;

c) a norma dell'art. 4, primo comma, della legge 29 settembre 1964, n. 847, intitolata «Autorizzazione ai Comuni e loro consorzi a contrarre mutui per l'acquisizione delle aree ai sensi della legge 18 aprile 1962, n. 167», come modificata dall'art. 44 della legge 22 gennaio 1971, n. 865, e dall'art. 17 della legge 11 marzo 1988, n. 67 (in prosieguo: la «legge n. 847/64»), costituiscono opere di urbanizzazione primaria le strade residenziali, gli spazi di sosta o di parcheggio, le fognature, le reti idriche, le reti di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, l'illuminazione pubblica, nonché gli spazi di verde attrezzato. A norma dell'art. 4, secondo comma, della medesima legge, costituiscono opere di urbanizzazione secondaria gli asili nido e le scuole materne, le scuole dell'obbligo nonché le strutture e i complessi per l'istruzione superiore all'obbligo, i mercati di quartiere, le delegazioni comunali, le chiese e gli altri edifici religiosi, gli impianti sportivi di quartiere, i centri sociali e le attrezzature culturali e sanitarie, nonché le aree verdi di quartiere;

d) Per quanto più specificamente attiene alla realizzazione coordinata di un complesso di opere mediante un piano di lottizzazione, ipotesi questa corrispondente alla fattispecie della causa principale portata all'attenzione della Corte di giustizia, l'art. 28, quinto comma, della legge n. 1150/42 prevede a questo proposito:

«L'autorizzazione comunale è subordinata alla stipula di una convenzione, da trascriverci a cura del proprietario, che preveda.

1) ... omissis... la cessione gratuita delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione secondaria nei limiti di cui al successivo n. 2;

2) l'assunzione, a carico del proprietario, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria relative alla lottizzazione o di quelle opere che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi; la quota è determinata in proporzione all'entità e alle caratteristiche degli insediamenti delle lottizzazioni;

3) i termini non superiori ai dieci anni entro i quali deve essere ultimata la esecuzione delle opere di cui al precedente paragrafo, ... omissis...

L'art. 28, nono comma, della medesima legge stabilisce che «[i]l termine per l'esecuzione di opere di urbanizzazione poste a carico del proprietario è stabilito in dieci anni».

Ciò premesso, la Corte con stringente logica verifica se la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione costituisca un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva; l'analisi la svolge sia attorno all'elemento relativo alla qualità di amministrazione aggiudicatrice, quanto all'elemento relativo all'esistenza di un contratto, sia all'elemento relativo al carattere oneroso del contratto, sia, infine, all'elemento relativo alla qualità di imprenditore. La Corte infine ha dichiarato che:

«La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, osta ad una normativa nazionale in materia urbanistica che, al di fuori delle procedure previste da tale direttiva, consenta al titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, nel caso in cui il valore di tale opera eguagli o superi la soglia fissata dalla direttiva di cui trattasi».

Non poteva non avere effetto nel nostro ordinamento un pronunciamento di tale portata; infatti, conseguentemente a tale pronuncia, l'art. 2, comma 5 della l. n. 109/1994 veniva così modificato dalla l. n. 166/2002: «Le disposizioni della presente legge non si applicano agli interventi eseguiti direttamente dai privati a scomputo di contributi connessi ad atti abilitanti all'attività edilizia o conseguenti agli obblighi di cui al quinto comma dell'articolo 28 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e successive modificazioni, o di quanto agli interventi assimilabile; per le singole opere d'importo superiore alla soglia comunitaria i soggetti privati sono tenuti ad affidare le stesse nel rispetto delle procedure di gara previste dalla citata direttiva 93/37/CEE».

In altri termini, il soggetto titolare del permesso di costruire che avesse assunto direttamente l'obbligo di realizzare opere d'urbanizzazione, avrebbe dovuto in un primo momento normativo affidare a terzi, mediante evidenza pubblica, le opere d'urbanizzazione solamente nell'ipotesi di importi superiori alla soglia comunitaria.

In seguito era stato previsto che l'amministrazione avrebbe avuto il compito di bandire la gara e che il titolare del permesso di costruire avrebbe rivestito la qualifica di promotore, con relativa prelazione.

Rimaneva il problema del sotto-soglia comunitario e cioè dell'affidamento diretto senza evidenza pubblica delle relative opere d'urbanizzazione.

Il Codice De Lise, fino alle modifiche innovative operate dal terzo decreto correttivo, non aveva risolto la questione e lasciava pressoché inalterato il precetto base della legge Merloni nella lett. g) del comma 1 dell'art. 32.

Inoltre, il Codice aveva positizzato l'applicazione in tale materia dell'istituto del project financing; vediamo lo schema che vigeva: il soggetto privato titolare del permesso di costruire rivestiva la qualifica di promotore e aveva, al termine della gara bandita dall'amministrazione, il relativo diritto di prelazione per l'affidamento dell'opera medesima. Con il d. lgs. n. 113/2007 il diritto di prelazione, come è noto, scomparve dall'art. 153 ma non dalla lett. g) comma 1 dell'art. 32.

Per il sotto-soglia invece il quadro era frazionato: l'art. 122 disegnava la relativa disciplina. Per le opere di urbanizzazione primaria (di cui ai commi 7 e 7-bis dell'art. 16 del d. lgs. n. 378/2001) erano affidabili direttamente da parte del soggetto privato titolare del permesso di costruire (cfr. art. 122, comma 8 del Codice — ante III decreto correttivo —, che fa espresso riferimento alle opere di urbanizzazione primaria), mentre per le opere di urbanizzazione secondaria di cui al comma 8 dell'art. 16 dello stesso decreto legislativo n. 378 vigeva il rispetto generale dei principi concorrenziali.

Il problema per le opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia comunitaria, nonostante il II decreto correttivo dell'agosto 2007, era rimasto vivo e la prevista derogabilità delle regole della concorrenza comunque era già stata oggetto di un'ulteriore pronuncia della Corte di giustizia CE, oltre che di segnalazioni in senso contrario da parte della dottrina.

In particolare, i giudici europei nella sentenza 21 febbraio 2008 per la Causa C-412/2004 avevano evidenziato che: «La Commissione sostiene, da un lato, che le disposizioni della legge n. 109/1994, in combinato disposto con le disposizioni pertinenti delle leggi n. 1150/1942 e n. 10/1977, consentono l'affidamento diretto dei lavori o di un'opera che costituiscono appalti pubblici di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37 al titolare di una convenzione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato, senza garantire, con disposizioni esplicite, l'applicazione dei principi di trasparenza e di parità di trattamento san-

citi dal Trattato CE, che devono essere rispettati anche se l'importo valutato è inferiore alla soglia di applicazione di tale direttiva (punto 56). (...) Secondo la Repubblica italiana, per quanto riguarda, in primo luogo, le opere di urbanizzazione di un valore inferiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria e eseguite dal titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato, non è necessario, nella fase del recepimento, richiamare specificamente le norme del Trattato in materia di pubblicità e di concorrenza nonché le relative interpretazioni giurisprudenziali della Corte (punto 58). (...) 70. In secondo luogo, riguardo al campo di applicazione dell'art. 2, comma 5, della legge n. 109/1994, in relazione a quanto disposto dalla direttiva 93/37, occorre anzitutto ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, il fatto che una disposizione di diritto nazionale che prevede la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione da parte del titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato, a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, faccia parte di un complesso di norme in materia urbanistica dotate di caratteristiche proprie e dirette al raggiungimento di specifici obiettivi, distinti da quelli della direttiva 93/37, non è sufficiente a escludere la realizzazione diretta dall'ambito di applicazione di quest'ultima, qualora risultino soddisfatti tutti gli elementi necessari affinché essa vi rientri (v. sentenza Ordine degli Architetti e a., cit., punto 66).

71. Questa realizzazione deve pertanto essere assoggettata alle procedure previste dalla direttiva 93/37 allorché soddisfa le condizioni indicate da quest'ultima perché sussista un appalto pubblico di lavori e, in particolare, allorché è presente l'elemento contrattuale richiesto dall'art. 1, lett. a), di tale direttiva e il valore dell'opera è pari o superiore alla soglia fissata all'art. 6, n. 1, della stessa.

72. Inoltre, dall'art. 6, n. 3, della direttiva 93/37 risulta che, quando un'opera è ripartita in più lotti ciascuno dei quali forma l'oggetto di un appalto, deve essere preso in considerazione il valore di ciascun lotto per valutare l'importo di cui al n. 1 dello stesso articolo, che determinerà se tale direttiva si applichi o meno a tutti i lotti. Peraltro, in applicazione dell'art. 6, n. 4, della stessa, nessuna opera e nessun appalto possono essere scissi al fine di sottrarsi all'applicazione della direttiva 93/37.

73. Di conseguenza, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 88 delle sue conclusioni, qualora la convenzione stipulata tra un singolo, proprietario di suoli edificatori, e l'amministrazione comunale risponda ai criteri di definizione della nozione di "appalti pubblici di lavori" ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37, richiamati al punto 45 della presente sentenza, l'importo di stima che in via di principio deve essere preso in considerazione al fine di verificare se la soglia stabilita da tale direttiva sia raggiunta, e se, di conseguenza, l'attribuzione dell'appalto debba rispettare le norme di pubblicità poste dalla stessa, può essere determinato solo in relazione al valore globale dei differenti lavori ed opere, sommando i valori dei differenti lotti.

74. Prevedendo una procedura di attribuzione conforme a quanto disposto dalla direttiva 93/37 unicamente nell'ipotesi in cui l'importo di stima di ciascuno di questi lotti, considerato individualmente, supera la soglia di applicazione della stessa, la normativa italiana è incompatibile con tale direttiva.

75. Da quanto precede risulta che l'art. 2, comma 5, della legge n. 109/1994 viola le disposizioni della direttiva 93/37 limitando indebitamente il ricorso alle procedure che questa istituisce».

Lungo tale linea interpretativa, il 1° febbraio 2008 la Commissione UE, avviava la procedura di infrazione comunitaria n. 2007.2309 con la lettera di messa in mora indirizzata all'Italia relativamente ai profili di incompatibilità del d. lgs. n. 163/2006 con le direttive 18 e 17/2004; a p. 12 evidenziava nel Codice (secondo la versione operata dal II decreto correttivo) le seguenti censure:

a) la lett. g) del comma 1 dell'art. 32 permette al titolare del permesso di costruire di presentare una proposta per la realizzazione di tali opere in qualità di promotore; alla luce di ciò l'amministrazione che rilascia il permesso bandisce una gara sulla base della proposta pervenuta. In quella gara il promotore ha il beneficio della prelazione, potendo perciò

aggiudicarsi l'appalto a fronte della corresponsione del 3% del valore dell'appalto stesso al precedente aggiudicatario;

b) a fronte di tali previsioni nazionali, la Commissione ha fatto presente che tali regole applicabili alle opere di urbanizzazione a scomputo non sono armoniche con la costante giurisprudenza comunitaria esistente in materia, specialmente nella conferma del diritto di prelazione.

Il Consiglio di Stato — Sezione consultiva per gli atti normativi, nel parere reso nell'Adunanza del 14 luglio 2008, prot. 2357/2008, ha espresso la seguente considerazione: «2.1. La modifica f) riguarda l'articolo 32, comma 1, lettera g) ed è tesa a recepire le osservazioni della Commissione europea relativamente alla realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo. Secondo l'articolo attualmente in vigore risulta in contrasto con le regole di cui alla direttiva 2004/18/CE, laddove viene conservato il diritto di prelazione in favore del promotore individuato unicamente il titolare del permesso di costruire.

La Sezione osserva che la modifica proposta è conforme ai principi comunitari e quindi va condivisa. Tuttavia, come osserva anche la Conferenza unificata, non sembra corretto il riferimento alla figura del promotore, in quanto la fattispecie non riguarda il contratto di concessione di lavori. Anzi le opere di urbanizzazione sono interamente finanziate mediante gli oneri di concessione non corrisposti dal titolare del permesso di costruire; e quindi in sostanza con risorse pubbliche. Sicché il richiamo all'articolo 153 del Codice non appare pertinente. Quindi l'indizione della gara da parte dell'amministrazione deve avvenire con le modalità previste dall'articolo 55 del Codice medesimo. Inoltre sembra maggiormente aderente allo spirito della normativa comunitaria e alla logica di questo istituto il ricorso all'appalto di progettazione e esecuzione». In armonia con quanto riconosciuto a livello Comunitario, dal parere del Consiglio di Stato e dal parere dell'VIII Commissione Senato (29 luglio 2008), il III decreto correttivo (d. lgs. n. 152/2008) ha operato in due sensi:

a) per gli importi sopra-soglia, ha finalmente abrogato il diritto di prelazione dall'art. 32, comma 1 lett. g);

b) per gli importi sotto-soglia (6):

— ha riformulato il comma 8 dell'art. 122, prevedendo per l'affidamento delle opere d'urbanizzazione l'applicazione delle regole della gara informale già previste dall'art. 57 del Codice (c.d. gara a cinque);

— ha tolto il riferimento alle sole opere di urbanizzazione primaria, disciplinando così congiuntamente anche le opere di urbanizzazione primaria e secondaria (7).

Una questione rimane comunque aperta: la terza novella al Codice ha, antitetica-mente e contravvenendo alle regole comunitarie, reinserito nell'istituto del *project financing* il diritto di prelazione del promotore finanziario (vedi commento all'art. 153). Così, la materia che ricade sotto le previsioni dell'art. 32, comma 1 lett. g) se poteva finalmente trovare completa coerenza normativa, così vede ancora una volta una nuova contraddizione nel sistema, che dovrà essere sistemata.

In ultimo, se non si interverrà prima nell'ambito nazionale (di certo non più mediante i poteri da legge delega, ormai caduta sotto il segno del tempo), ci penserà l'Unione europea a dettare per l'ennesima volta la giusta regola.

(6) Sul tema cfr. F. MARZARI, *Urbanizzazione, gara pubblica anche per le opere sotto soglia*, in *Edilizia e territorio*, n. 39/2008, pp. 52 e ss.

(7) Per un approfondimento della tematica, anche in relazione alle gare che può bandire il privato titolare del permesso di costruire, si veda da ultimo R. TRAVAGLIAI nella recente relazione «*Le opere di urbanizzazione a scomputo alla luce del terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*».

La teoria del mandato espresso conferito al privato dall'amministrazione comunale non è stata accettata di recente in una circolare dall'Assessorato all'urbanistica e alla programmazione e pianificazione del territorio del Comune di Roma, datata 1° luglio 2008, prot. n. 14640.

3. Il project financing.

Occorre innanzitutto precisare che con l'intervento del d. lgs. n. 113/2007, la disciplina del Promotore finanziario era stata modificata rispetto a quella contenuta negli artt. che andavano dal 37-*bis* al 37-*nonies* della legge Merloni.

Negli ultimi anni si è avuto un intenso sviluppo normativo soprattutto in materia di opere pubbliche e di *project financing* in particolare; le novità legislative introdotte hanno consentito infatti di realizzare opere pubbliche senza che l'ente appaltante dovesse sostenerne gli oneri, permettendo in questo modo di superare in molti casi le difficoltà di ordine economico e finanziario in cui spesso versavano e versano gli enti pubblici.

Per chiarezza espositiva si rappresenta che la normativa di riferimento che regolava l'istituto della finanza di progetto era quella dettata dall'art. 153 all'art. 160 del Codice (sono gli artt. 37-*bis*, -*ter*, -*quater*, -*quinquies*, -*sexies*, -*septies*, -*octies*, -*nonies* della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.i.), nonché dagli articoli 84, 85, 86, 87, 98 e 99 del d.p.r. n. 554/99, in quanto ancora applicabile.

Attualmente, dopo l'entrata in vigore del III correttivo la materia del *project* è contenuta nel l'art. 153 e gli artt. 154 e 155 sono stati abrogati. Ecco uno schema della ormai superata disciplina(8).

1) La prima fase che contraddistingueva il *project financing* era quella che può essere definita fase «ideativa»: durante tale fase i soggetti promotori presentavano alle amministrazioni aggiudicatrici proposte di lavori pubblici o di pubblica utilità inseriti negli strumenti di programmazione dell'ente (art. 128 Codice; è l'abrogato art. 14 della l. n. 109/94), da realizzare in regime di concessione, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi.

Per poter essere prese in considerazione, le proposte dovevano essere corredate da una serie di documentazione (ad esempio, uno studio di fattibilità, che sia in sintonia con quello che l'amministrazione ha predisposto per l'inserimento nel programma triennale; un progetto preliminare; una bozza di convenzione; un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito, ecc.).

La capacità del promotore e (se diverso) del concessionario andava valutata secondo tutti gli aspetti in cui si estrinseca la sua attività (ad esempio, di finanziamento).

2) I soggetti «promotori» potevano presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte di lavori pubblici o di pubblica utilità inseriti negli strumenti di programmazione dell'ente, da realizzare in regime di concessione.

Il nuovo testo del Codice prevedeva la possibilità di presentare proposte di *project financing* entro l'unico termine di 180 giorni dalla pubblicazione dell'avviso indicativo di cui al comma 3.

Il duplice termine di scadenza sulla presentazione delle proposte da parte dei promotori, era da correlarsi con gli obblighi anche di pubblicità, posti a carico delle amministrazioni.

In particolare, dalla data di redazione dei programmi di realizzazione di lavori pubblici decorreva il termine di 90 giorni per pubblicizzare l'esistenza di interventi da realizzare con l'utilizzo di capitali privati.

L'avviso doveva essere affisso presso le sedi dell'amministrazione per almeno 60 giorni consecutivi e, se istituito, va pubblicato sul sito informatico di cui all'art. 66, comma 7 e sul profilo del committente (l'art. 37-*bis* prevedeva la pubblicazione sul sito

individuato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 24 della l. 24 novembre 2000, n. 340, e se istituito sul sito della stessa stazione appaltante).

Un termine invece di quindici giorni, decorrente dalla ricezione delle proposte, era stato introdotto per la nomina del responsabile del procedimento e relativa comunicazione al promotore, nonché per la verifica della completezza della documentazione prodotta ed eventuale correlata richiesta di integrazione della stessa.

Inoltre, dalla pronuncia sulla fattibilità del progetto doveva seguire un ulteriore termine di tre mesi per la successiva pubblicazione del bando e, quindi, per l'indizione della gara.

3) Come già accennato precedentemente, entro 90 giorni dall'avvenuto inserimento nei programmi triennali o negli strumenti di programmazione adottati dalle amministrazioni, gli interventi realizzabili con capitali privati erano pubblicizzati mediante un avviso indicativo, nel rispetto delle modalità previste dal Codice.

Altra novità rilevante era già costituita dalla possibilità per i soggetti promotori di presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte di intervento anche nell'ambito della fase di programmazione dei lavori pubblici, ed in particolare di pianificazione del programma triennale delle attività di realizzazione di lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali.

Infine, si può dire che nell'arco di quattro mesi, che decorrevano decorrenza dalla ricezione della proposta del promotore, la proposta presentata dal promotore era valutata dall'amministrazione.

A questo punto, se la proposta era stata positivamente valutata, si dava avvio alla fase di selezione e affidamento in concessione.

4) La procedura d'affidamento della concessione prevedeva lo sviluppo in due fasi di gara; infatti, l'art. 155 (che era l'abrogato art. 37-*quater*) stabiliva che entro tre mesi dalla pronuncia di cui all'art. 154 (l'abrogato art. 37-*ter*) di ogni anno le amministrazioni aggiudicatrici, qualora fra le proposte presentate ne avessero individuate alcune di pubblico interesse, applicavano le disposizioni di cui al d.p.r. n. 327/2001 «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità» e, procedevano per ogni proposta individuata:

a) ad indire un gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

b) ad aggiudicare la concessione mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara di cui alla lettera a).

A seguito dell'esperimento della procedura venivano individuati i soggetti con le due migliori offerte, che successivamente erano posti a confronto con il promotore.

Individuati i concorrenti, si procedeva ad esperire un'ulteriore procedura di gara, ristretta questa volta ai due migliori offerenti ed al soggetto promotore; la proposta del promotore era per lo stesso vincolante, qualora non vi fossero state altre offerte nella gara.

La stessa era garantita dalla cauzione provvisoria e da un'ulteriore cauzione pari all'importo di cui all'art. 153, comma 1, quinto periodo (non superiore al 2,5% dell'importo dell'investimento, calcolato sulla base del piano economico-finanziario) «da versare, su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice, prima dell'indizione del bando di gara»; medesima cauzione è presentata anche dagli altri soggetti partecipanti alla gara.

Significativa è stata l'abolizione ad opera del d. lgs. n. 113/2007 del c.d. diritto di prelazione in capo al promotore il quale, nell'ambito della procedura negoziata di cui all'art. 155 (è l'abrogato art. 37-*quater*), poteva adeguare la propria offerta a quella migliore presentata dai concorrenti e con ciò acquisire comunque la concessione.

Ma ancora più importante è precisare da subito che il III decreto correttivo ha reinserito il diritto di prelazione, così contravvenendo agli indirizzi comunitari, in forza dei quali già era stata avviata nei confronti dell'Italia una procedura di infrazione.

(8) Cfr. A. CIANFLORE-G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, 2003; M. MAZZONE-C. LORIA, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, 2005; SANINO (a cura di), *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture*, 2006; *Trattato sui contratti pubblici* (a cura di M.A. Sandulli, R. De Nicolis, R. Garofoli, 2008; F. CARINGELLA-M. PROTTO, *Il project financing*, in F. CARINGELLA-G. DE MARZO, *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, 2003.

Nel caso in cui nella procedura negoziata, il promotore non risultava aggiudicatario entro un congruo termine fissato dall'amministrazione nel bando di gara, il soggetto promotore della proposta aveva il diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo del 2,5% del valore dell'investimento.

Nel caso in cui nella procedura negoziata il promotore fosse risultato aggiudicatario, lo stesso era tenuto a versare all'altro soggetto, ovvero agli altri due soggetti che avevano partecipato alla procedura una somma pari all'importo del 2,5% del valore dell'investimento.

L'attuale disciplina sul *project* operata dal III decreto correttivo è del tutto innovativa e presenta solo alcuni aspetti simili alla precedente procedura.

Innanzitutto i requisiti e le garanzie richiesti al promotore sono rispettivamente e sin dalla presentazione della proposta i requisiti del concessionario — dalla norma la deroga è per la terza procedura, fuori dalla programmazione —, e in aggiunta alla cauzione definitiva è ora prevista la garanzia per le penali dovute ad inadempimenti degli obblighi con decorrenza dall'inizio della gestione delle lavorazioni d'opera. Tale garanzia è fissata al 10% del costo annuale operativo dell'esercizio.

Lo schema dei tre sistemi è il seguente (9).

Se nella vecchia disciplina si potevano individuare tre fasi del *project*, nel terzo decreto sono invece previsti tre sistemi alternativi e paralleli.

a) *Il primo sistema* (commi 1-14 dell'art. 153, nuova formulazione) consiste nell'individuazione del concessionario mediante unica gara; la p.a. pubblica il bando e pone a base lo studio di fattibilità. Le offerte, come nella precedente disciplina, hanno il progetto preliminare e il piano economico asseverato da banca.

Dopo la gara l'amministrazione nomina il promotore mediate il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e approva il preliminare offerto. Se si presentasse la necessità di modifiche progettuali ai fini dell'approvazione, spetta al promotore operare le variazioni indicate. In tal caso, solo successivamente il promotore può stipulare il contratto di affidamento della concessione; se invece non accetta le modifiche, la concessione è aggiudicata mediante scorrimento della graduatoria, alle stesse condizioni presentate dal promotore iniziale; rimane fermo che in quest'ultima ipotesi al promotore rimarrebbe il titolo per ricevere il pagamento dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta. La correlativa obbligazione è prevista a carico dell'aggiudicatario.

b) *La seconda procedura* alternativa è prevista dal comma 15 dell'art. 153 del Codice. Essa può essere definita «doppia gara», infatti con essa, l'amministrazione mediante una procedura selettiva individua il promotore da cui avere il progetto preliminare; con altra distinta procedura individua l'affidatario del concessionario. E qui è di nuovo affiorata la previsione positiva secondo cui spetta al promotore la prelazione promotore (mentre, del tutto illogicamente e asimmetricamente, il legislatore ha abrogato la prelazione per il promotore nelle opere di urbanizzazione a scomputo sopraoglia, e lasciato la gara informale a cinque per quelle sotto-soglia). Dopo la prima gara si approva il progetto offerto dal promotore, che viene posto a base della seconda gara. Il promotore ha, dunque, diritto ad essere preferito al miglior offerente individuato nella seconda gara, nel caso in cui il primo intenda adeguare la propria offerta a quella risultata più vantaggiosa.

c) *La terza procedura* presenta un carattere residuale e, come novità di rilievo, consente di presentare le proposte anche fuori dalla programmazione; infatti il comma 16 della nuova formulazione dell'art. 153 del Codice stabilisce che tale *iter* è attivato su iniziativa del soggetto privato per i lavori per i quali le amministrazioni aggiudicatrici non abbiano però pubblicato i bandi nei sei mesi dall'approvazione dell'elenco annuale del

(9) Per un primo esame, cfr. M. GIUSTINIANI, *Dal 17 ottobre la riforma del project financing. Alla p.a. la scelta sulla doppia via*, in *Edilizia e territorio*, n. 39/2008, 6 e ss.

Il pp. Decorso tale termine, i privati presentano progetto preliminare nei successivi quattro mesi; la p.a. pubblica un avviso con i criteri ai fini della valutazione; valuta le proposte e le altre eventualmente pervenute nei sei mesi dalla pubblicazione dell'avviso. Poi l'amministrazione interessata individua le proposte di pubblico interesse, per le quali può indire diverse procedure selettive: dialogo competitivo; concessione ex art. 143; ovvero procedura selettiva descritta nel comma 15 dello stesso art. 153, e quindi logicamente con il diritto di prelazione a favore del promotore.

Il terzo correttivo detta, infine, la disciplina transitoria: la nuova disciplina si applica per le procedure i cui bandi siano stati pubblicati dopo l'entrata in vigore del III correttivo; il termine di sei mesi decorre dalla data di approvazione del programma triennale 2009-11.

4. *Consorzi stabili: la previsione del comma 7 dell'art. 37.*

La novità, in prima sintesi, che è stata operata dal III correttivo consiste in ciò: all'art. 36, comma 5 torna l'obbligo per i consorzi stabili di indicare in sede di offerta con quali consorziati concorra il consorzio stesso e compare la previsione della possibilità di compartecipazione di una consorziata, tranne che nelle gare con la previsione dell'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse.

Quando il 1° agosto 2008 è entrato in vigore il d. lgs. n. 113/2007 (c.d. II decreto correttivo), fu una novità il contenuto dell'art. 2, comma 1, lett. i) veniva finalmente a sancire a livello positivo. Quella novella del 2007 si innestava, infatti, in una problematica che ha investito la giurisprudenza in materia; in particolare, era stato modificato il comma 7 dell'art. 37 del d. lgs. n. 163/2006 (Codice De Lise), in cui scompariva il riferimento all'art. 34, comma 1, lett. c) relativo appunto ai consorzi stabili; per essi, dunque, si applicava per intero e solamente l'art. 36, comma 5 del Codice, che investiva pertanto senza dubbi di sorta anche i consorziati per conto dei quali il consorzio non avesse dichiarato di voler partecipare.

Dal 17 ottobre 2008, data di entrata in vigore il d. lgs. n. 152/2008 (c.d. III decreto correttivo), l'art. 37, comma 7 e l'art. 36, comma 5 del Codice De Lise hanno una nuova versione e torna l'obbligo per i consorzi stabili di indicare in sede di offerta con quali consorziati concorra il consorzio stesso e compare la previsione della possibilità di compartecipazione di una consorziata, tranne che nelle gare con la previsione dell'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse (10).

Rinasce la stessa disposizione che era nell'art. 13 della legge Merloni: l'obbligo di indicare le imprese consorziate per le quali il consorzio stabile partecipa alla gara, con il conseguente divieto per queste ultime e solo per esse (qui appare la novità espressamente voluta dal legislatore) di partecipare in forma singola alla procedura medesima.

Un'altra novità operata dal III correttivo è un divieto assoluto di partecipare alla medesima gara in per tutte le imprese consorziate (anche per quelle non indicate come esecutrici dei lavori dal consorzio stabile che partecipa), esistente nell'ipotesi in cui la sta-

(10) Prima di giungere a siffatta regola, la questione, anche con il II correttivo del 2007 (cioè fino al 31 luglio 2007), presentava le caratteristiche per le quali si vedano: P. CARBONE, *Persistenti aspetti problematici della disciplina dei consorzi stabili di imprese, dopo il secondo decreto correttivo al d. lgs. n. 31 luglio 2007, n. 113* al d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in *Riv. Trim. Appalti*, n. 4/2007; V. CAPIZZA, *Il consorzio stabile di imprese: la «vexata quaestio» della partecipazione alla medesima gara di una società consorziata*, in *Riv. Trim. Appalti*, n. 2/2007; V. CAPIZZA, *Questioni procedurali ed esecutive sui consorzi stabili nella nuova normativa degli appalti pubblici*, in ANIEM, n. 1/2008, 24 e ss.; P. AVALLONE e S. TARUFFO, *I consorzi stabili di cui all'art. 12 della l. 109 del 1994 come modificato dall'art. 9, comma 22, 122, l. n. 415 del 1998 «Merloni-ter»*, in *Riv. Trim. Appalti*, 1999, 141; E. PAOLINI, *I consorzi nei lavori pubblici*, 2001; A. BARGIONI, in AA.VV., *Manuale del diritto dei lavori pubblici*, 2001; L. GIORGINO, *I consorzi stabili tra imprese dopo la determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici 8 febbraio 2001*, n. 6.

zione appaltante abbia indicato nel bando di gara l'esclusione automatica delle offerte anomale.

In tal senso, va anche detto che il d. lgs. n. 152/2008 ha correlativamente modificato gli artt. 122, comma 9 (per i lavori) e 124, comma 8 (per servizi e forniture) per quanto riguarda i presupposti di applicabilità dell'esclusione senza verifica di congruità: la discrezionalità lasciata in capo alle amministrazioni non è più per il c.d. sotto-soglia, ma per gli importi inferiori a 1 milione di euro per i lavori e di 100.000 euro per i servizi/forniture.

ARTURO CANCRINI